DIE BETEILIGUNG DES PERSONALRATS BEI KÜNDIGUNGEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen-Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Rainer Scholz

Dresden

1977

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547208_0036

DIE BETEILIGUNG DES PERSONALRATS BEI KÜNDIGUNGEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen-Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Rainer Scholz

Dresden

1977

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Schlüter
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Battes
Dekan: Prof. Dr. Achterberg
Tag der mündlichen Prüfung: 13. Juli 1977

Druck und Einband: Rudolf Stehle GmbH & Co KG - Düsseldorf

Inhaltsverzeichnis I
Literaturverzeichnis IV

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung 1

1. Abschnitt
Die Beteiligung des Personalrats bei ordentlichen Kündigungen

§ 2 Überblick 2

§ 3 Die Voraussetzungen der Beteiligung des Personalrats 5
I. Die Kündigung von Arbeitern und Angestellten 5
II. Die Kündigung durch den Dienststellenleiter 7
III. Die Beteiligung vor der Kündigung 8

§ 4 Das Beteiligungsverfahren 10

§ 5 Die Einwendungen des Personalrats 23
I. Die Voraussetzungen wirksamer Einwendungen 23
II. Die Bedeutung der Einwendungen 25
III. Der Widerruf von Einwendungen 26
IV. Der Inhalt der Einwendungen 29

§ 6 Die Beteiligung des Personalrats bei der Änderungskündigung 35
I. Der Begriff der Änderungskündigung 35
II. Die Beteiligung des Personalrats 36
III. Das Beteiligungsverfahren 45
IV. Die Bedeutung von Einwendungen des Personalrats 47

§ 7 Die unterbliebene oder fehlerhafte Beteiligung des Personalrats 50
I. Die fehlende Beteiligung des Personalrats 50
1. Überblick 50
2. Die Nachholung der Beteiligung 52
3. Die nachträgliche Zustimmung 54
II. Die fehlerhafte Beteiligung des Personalrats 57
1. Fehler bei der Dienststelle 57
2. Fehler beim Personalrat 61
a) Fehler bei der Wahl des Personalrats 62
b) Fehler bei der Wahl des Vorsitzenden 64
c) Fehler bei der Mitwirkung des Personalrats 67
aa) Fehler in der Erklärung des Vorsitzenden 67
a1) Schweigen des Vorsitzenden 69
b1) Erklärung von Zustimmung oder Bedenken 71
c1) Erhebung von Einwendungen 90
bb) Fehler bei der Beschlußfassung des Personalrats 93

2. Abschnitt
Die Beteiligung des Personalrats bei der außerordentlichen Kündigung

§ 8 Überblick 97
I. Form und Inhalt 97
II. Der Adressat der Kündigung 100
§ 9 Die unterbliebene oder fehlerhafte Beteiligung des Personalrats 104
I. Die fehlende Beteiligung 104
II. Die fehlerhafte Beteiligung 114

3. Abschnitt

Die Beteiligung des Personalrats und individueller Kündigungsschutz

§ 10 Die Beteiligung des Personalrats und § 1 Abs. 2, Satz 2 KSchG 117

§ 11 Die Auswirkungen der Beteiligung des Personalrats auf die Klagefrist gem. § 4 KSchG 133

§ 12 Die Beteiligung des Personalrats und das Nachschieben von Kündigungsgründen 138

I. Das Nachschieben von Kündigungsgründen 138

II. Die Bedeutung der Beteiligung des Personalrats 140

1. Meinungsstand 142

2. Stellungnahme 146

Literaturverzeichnis

Adomeit	Änderungskündigung - neu geregelt DB 1969, 2179
ders.	Einstellungen und Entlassungen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz DB 1971, 2360
ders.	Thesen zur betrieblichen Mitbestimmung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz BB 1972, 53
Ambos	Ordnungsgemäße Vertretung der Dienststelle als Wirksamkeitsvoraussetzung für Personalratsbeschlüsse PersV 1965, 270
ders.	Mitwirkungs- und Mitbestimmungsverfahren, Formen - Fristen PersV 1967, 241
Ambrosius-Fischer	Bundesangestelltentarifvertrag 10. Auflage, Düsseldorf 1967
Auffarth	Die Beteiligungsrechte des Personalrats bei Einstellung, Versetzung und Umgruppierung nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts PersV 1968, 29
ders.	Das neue Betriebsverfassungsgesetz AuR 1972, 73
ders.	Mitbestimmung und Kündigung Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 10 Berlin 1973, S. 71
Auffarth-Müller	Kündigungsschutzgesetz Berlin und Frankfurt a. Main 1960

Ballerstedt	Bundesangestelltentarifvertrag München 1961
Ballerstedt-Engelhard	Bayerisches Personalvertretungsgesetz 2. Auflage, Darmstadt 1963
Baum	Anhörung des Betriebsrates vor Kündigungen BB 1972, 174
Becker-Schaffner	Einzelfragen zum Anhörungsverfahren vor Ausspruch einer Kündigung (§ 102 BetrVG) BlStSozArbR 1974, 209
ders.	Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG - Die Entbindung des Arbeitgebers von der Weiterbeschäftigungspflicht BlStSozArbR 1974, 289
Bitzer	Die Beteiligung des Personalrats bei Kündigungen PersV 1975, 121
Bleistein	Betriebsverfassung in der Praxis 2. Auflage, Bonn 1974
Blomeyer	Zur Problematik formloser betrieblicher Einigungen BB 1969, 101
ders.	Der Interessenkonflikt zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat bei Individualmaßnahmen Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, München 1973, S. 147
Böhm	Die Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 BetrVG BB 1974, 1641

Bötticher	Die Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrates - Zum Urteil des BAG vom 15.9.1954 BB 1954, 970
Borrmann	Die Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 BetrVG DB 1975, 882
Brauch	Die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates im Bereich der sozialen und personellen Angelegenheiten durch das Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1.72 und deren Auswirkungen auf die Rechtsstellung der einzelnen Arbeitnehmer Diss. München 1975
Brecht	Die Vertretung des Betriebsrates durch einzelne oder mehrere seiner Mitglieder BB 1954, 840
Brecht	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung Herne/Berlin 1972
Brede	Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Lichte des neuen BetrVG BlStSozArbR 1973, 17
Buchner	"Ordnungsmäßigkeit der Anhörung" i.S. § 102 BetrVG trotz fehlender Anhörung? DB 1976, 532
Canaris	Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht München 1971
Crisolli-Tiedtke	Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst Berlin, Neuwied 1961

Däubler	Weniger Mitbestimmung im öffentlichen Dienst? AuR 1973, 233
DAG	Entwurf für ein neues Personalvertretungsgesetz - Bund Hamburg 1968
DBB	Vorschläge zur Änderung des Personalvertretungsgesetzes Bonn-Bad Godesberg 1970
DGB	Vorschläge des DGB zur Änderung des Personalvertretungsgesetzes (Bund) Düsseldorf 1968
ders.	Für ein besseres Personalvertretungsgesetz 1970
Dietrich	Das neue Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15. März 1974 (BGBl I, S. 693) ZBR 1974, 113
Dietz	Personalvertretungsgesetz München, Berlin 1956
ders.	Anm. zu BVerwG AP Nr. 1 zu § 27 PersVG
ders.	Anm. zu BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 61 PersVG
ders.	Anscheinsvollmacht des Betriebsratsvorsitzenden RdA 1968, 439
ders.	BetrVG mit Wahlordnung 4. Auflage, München und Berlin 1967
Dietz-Richardi	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnungen 5. Auflage, München 1973
Distel	Personalvertretung bei den Behörden 2. Auflage, Goslar 1965
Dütz	Anm. zu BAG SAE 1973, 112

Eich	Das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG DB 1975, 1603
Engelhard-Ballerstedt	Personalvertretungsgesetz für das Land Niedersachsen und Wahlordnungen 3. Auflage, Neuwied-Berlin 1973
Erdmann-Jürging-Kammann	Betriebsverfassungsgesetz Neuwied und Berlin 1972
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 6. Auflage, Münster 1975
Etzel	Die Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz 1972 BlStSozArbR 1973, 259
ders.	Die außerordentliche Kündigung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz DB 1973, 1017
Fabricius-Kraft-Thiele-Wiese	Betriebsverfassungsgesetz Neuwied und Berlin 1973 (zit. GK-Bearbeiter)
Fischer-Goeres	Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht Band V, Berlin 1974
Fitting-Auffarth-Kaiser	Betriebsverfassungsgesetz 11. Auflage, München 1974
Fitting-Heyer-Lorenzen	Personalvertretungsgesetz 3. Auflage, Hamburg 1964

Freese	Muß eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung in der Frist nach § 4 KSchG angefochten werden? BB 1973, 665
Galperin	Das Betriebsverfassungsgesetz 1972 Heidelberg 1972
Galperin-Siebert	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz 4. Auflage, Heidelberg 1963
Galperin-Löwisch	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band I 5. Auflage, Heidelberg 1975
Gift	Mitbestimmung und soziale Auswahl zu Entlassender ZfA 1974, 123
Gnade-Kehrmann-Schneider	Betriebsverfassungsgesetz Köln 1972
Grabendorff	Die Durchführung der förmlichen Beteiligung PersV 1959, 313
ders.	Anm. zu BVerwG ZBR 1959, 368
ders.	Die Folgen fehlender oder fehlerhafter Beteiligung der Personalvertretungen ZBR 1960, 97
Grabendorff-Windscheid	Personalvertretungsgesetz (mit Wahlordnung) 2. Auflage, Stuttgart 1960
Grabendorff-Windscheid-Ilbertz	Bundespersonalvertretungsgesetz 3. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1975

Güntner	Der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses und seine Rechtsverwirklichung AuR 1974, 97, 135
Gumpert	Kündigung und Mitbestimmung BB 1972, 47
Hanau	Unklarheiten in dem Regierungsentwurf des Betriebsverfassungsgesetzes BB 1971, 485
ders.	Praktische Fragen zur Neuregelung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten BB 1972, 451
ders.	Das neue Betriebsverfassungsgesetz ZfA-Sonderheft 1972, 71
ders.	Allgemeine Grundsätze der betrieblichen Mitbestimmung RdA 1973, 281
Havers	Personalvertretungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen Siegburg 1975
Havers-Wenzel	Personalvertretungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen Düsseldorf 1961
Heckelmann	Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1972 ZfA 1973, 425
Hecker	Die wesentlichen Neuerungen des Personalvertretungsrechts PersV 1975, 130
Heilemann-Czyborra	Das Personalvertretungsgesetz 2. Auflage, Neuwied, Berlin, Darmstadt 1957

Heinze	Wirksamkeitsvoraussetzungen von Betriebsratsbeschlüssen und Folgen fehlerhafter Beschlüsse DB 1973, 2089
Herschel	Anm. zu BAG JZ 1954, 759
ders.	Die Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden RdA 1959, 81
ders.	Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 102 BetrVG '72
Hoechst	Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats bei der Kündigung AuR 1973, 328
Hueck, A. und G.	Kündigungsschutzgesetz 9. Auflage, München 1974
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I, 7. Auflage, Berlin, Frankfurt a.M. 1963 Bd. II, 2, 7. Auflage, Berlin, Frankfurt a.M. 1970
Hueck, G.	Bote - Stellvertreter im Willen - Stellvertreter in der Erklärung AcP 152, 432
Hunold	Die Reaktion des Betriebsrats auf die Mitteilung des Arbeitgebers über Einstellung bzw. Kündigung DB 1976, 1865
Ilbertz	Die Novellierung des Bundespersonalvertretungsgesetzes ZBR 1969, 137
Kaestl	Verfahren nach dem Personalvertretungsgesetz bei Änderungskündigungen PersV 1961, 28

Kallmeyer	Änderungskündigung und Mitbestimmung des Betriebsrats DB 1973, 970
Kehrmann	Anm. zu LAG Hamm EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 10
Kitzelmann	Die Mitwirkung des Betriebsrates bei Kündigungen nach dem neuen BetrVG BuV 1972, 209
ders.	Schränkt das neue Betriebsverfassungsgesetz den individuellen Kündigungsschutz ein? AuR 1973, 302
Knütel	Die Begründungspflicht bei Kündigungen NJW 1970, 121
Kraft	Anm. zu BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 8
Küchenhoff	Betriebsverfassungsgesetz 2. Auflage, Münster 1974
Kuhn-Sabotting-Schneider -Thiel-Wehner	Bundespersonalvertretungsgesetz Köln 1975
Lent	Die Notwendigkeit einer Begründung bei Ausübung von Gestaltungsrechten AcP 152, 401
Lepke	Zustimmung des Betriebsrats zu außerordentlichen Kündigungen des Arbeitgebers in besonderen Fällen BB 1973, 894

Lepke	Zum Inhalt der sog. Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5, Satz 1 BetrVG '72 DB 1975, 498
Löwisch	Die Verknüpfung von Kündigungsschutz und Betriebsverfassung nach dem BetrVG '72 DB 1975, 349
Maus	Kündigungsschutzgesetz Baden-Baden 1973
Meisel	Die Anhörung des Betriebsrates vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung DB 1963, 1765
ders.	Die Anhörung des Betriebsrats vor einer ordentlichen Kündigung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz DB 1972, 1627, 1675
ders.	Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten 3. Auflage, Heidelberg 1973
ders.	Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats bei Änderungskündigungen BB 1973, 944
ders.	Die Anhörung des Betriebsrats vor einer außerordentlichen Kündigung nach dem neuen BetrVG DB 1974, 138
ders.	Anm. zu BAG SAE 1975, 112
Molitor	Personalvertretungsgesetz und Betriebsverfassungsgesetz RdA 1955, 404
ders.	Bundespersonalvertretungsgesetz 2. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1958

Molitor	Kündigungen ohne Mitwirkung des Personalrats PersV 1959, 49
Müller	Kündigung und Betriebsverfassung Diss. Göttingen 1975
Neumann-Duesberg	Betriebsverfassungsrecht Berlin 1960
Nickel	Anm. zu BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14
Nikisch	Arbeitsrecht Bd. I, 2. Auflage, Tübingen 1955 Bd. III, 2. Auflage, Tübingen 1966
Ordemann	Die Vertretung des Dienststellenleiters i.S. des § 8 PersVG PersV 1959, 271
Otto	Nochmals: Kündigungen nach dem neuen BetrVG DB 1972, 731
ders.	Einschränkung des individuellen Kündigungsschutzes zugunsten der Mitwirkung des Betriebsrats? DB 1973, 671
ders.	Anm. zu BAG SAE 1975, 1
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch 35. Auflage, München 1976
Palme	Probezeit und Kündigung BlStSozArbR 1974, 278
Pittrof-Bruns	Das Personalvertretungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen Neuwied, Berlin-Spandau, Darmstadt 1958
Prull	Die Beschlußfassung des Personalrats PersV 1969, 137

Reinhardt	Die Nichtanhörung des Betriebsrats Festschrift für Nikisch, Tübingen 1958, S. 109
Rengier	Die Personalvertretungen der Beamten, Angestellten, Arbeiter und Soldaten Hamburg 1960
Reuß	Die arbeitsrechtliche Kündigung ohne Grundangabe AuR 1960, 1
Rewolle	Keine Mitwirkung des Personalrats bei außerordentlicher Kündigung PersV 1972, 265
ders.	Änderungskündigung und Mitbestimmung des Betriebsrates DB 1973, 185
Rewolle-Lorentz	Personalvertretungsgesetz Göttingen 1955
Richardi	Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 70 PersVG Kündigung
ders.	Kritische Anmerkungen zur Reform der Mitbestimmung des Betriebsrats in so- zialen und personellen Angelegenheiten nach dem Regierungsentwurf DB 1971, 621
ders.	Streitfragen aus dem Ersten Arbeitsbe- reinigungsgesetz ZfA 1971, 73
ders.	Die Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten ZfA Sonderheft 1972, 1
ders.	Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats bei personellen Maßnahmen nach §§ 99, 100 BetrVG DB 1973, 378 (Teil I)

Richardi	Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72
ders.	Änderungskündigung und Versetzung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz DB 1974, 1285, 1335
Rooschüz-Schwarz-Killinger	Landespersonalvertretungsgesetz für Baden-Württemberg 2. Auflage, Stuttgart 1971
Rüthers-Stindt	Der Kreis der leitenden Angestellten in der Betriebsverfassung BB 1972, 973
Rupprecht	Die Einwirkung des Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechts nach dem Personalvertretungsgesetz vom 5.8.1955 auf die Gültigkeit von Verwaltungsakten und rechtsgeschäftlichen Maßnahmen Diss. Köln 1960
Schaub	Der Betriebsrat München 1973
ders.	Arbeitsrechtshandbuch 2. Auflage, München 1975
Schlochauer	Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der ordentlichen Kündigung nach § 102 BetrVG '72 RdA 1973, 157
Schlüter	Anm. zu BAG EzA § 103 BetrVG '72, Nr. 6
Schneider	Das neue Bundespersonalvertretungsgesetz Das Mitbestimmungsgespräch 1974, 3
ders.	Kein Stillstand in der Mitbestimmung Der Deutsche Beamte 1974, 3
Schnupp	Neues Personalvertretungsrecht DöD 1974, 97, 125

Selge	Handbuch des Personalvertretungsrechts Köln-Deutz 1955
Siebert	Die Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats Festschrift für Nikisch, Tübingen 1958, S. 127
Söllner	Das neue Bundespersonalvertretungsgesetz AuR 1974, 193
ders.	Arbeitsrecht 5. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1976
Soergel-Siebert	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, 10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
Stahlhacke	Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 2. Auflage, München 1972
ders.	Das personelle Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972 BlStSozArbR 1972, 67 (51)
ders.	Das Nachschieben von Kündigungsgründen BlStSozArbR 1974, 295
Stege-Weinspach	Betriebsverfassungsgesetz 2. Auflage, Köln 1975
Wagener	Schränkt das neue Betriebsverfassungsgesetz den individuellen Kündigungsschutz ein? BB 1972, 1373
Weber	Die Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung eines gekündigten Arbeitnehmers gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG BB 1974, 688

Windscheid	Anm. zu BVerwG ZBR 1962, 156
ders.	Rechtzeitig und eingehend erörtern PersV 1966, 145
ders.	Zur Frage der "Mitwirkung" oder "Mitbestimmung" in personellen Angelegenheiten der Beamten PersV 1971, 49
ders.	Das Personalvertretungsgesetz des Landes Berlin mit Wahlordnung Berlin 1971
ders.	Anm. zu BVerwG ZBR 1972, 381
ders.	Die laufenden Geschäfte des Vorstandes und das Informationsrecht der Mitglieder des Plenums eines Personalrats PersV 1973, 44
Winterberg	Die Rechtswidrigkeit von Personalratsbeschlüssen und ihre Auswirkung auf Maßnahmen der Dienststellen Diss. Düsseldorf 1963
Zur Sache	Reform des Personalvertretungsgesetzes, Bd. 3/73

§ 1 Einleitung

Am 1. April 1974 ist das neue Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG) in Kraft getreten [1]. Nach über fünfjährigem Ringen ersetzt es das BPersVG vom 5. August 1955 [2]. Es beschränkt sich dabei nicht nur auf die Änderung einzelner Vorschriften, sondern enthält eine vollständige Neufassung des Personalvertretungsrechts des Bundes [3].

Ausgangspunkt der Neuregelung war der Ruf nach mehr Mitbestimmung auch für die Angehörigen des öffentlichen Dienstes, nachdem das neue Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) vom 15. Januar 1972 [4] eine erhebliche Ausweitung der Beteiligungsrechte der Betriebsräte gebracht hatte. Vor allem die Gewerkschaften hielten die bisherige Beteiligung der Personalvertretungen nach Form und Inhalt für nicht mehr ausreichend [5]. So besteht denn auch Einigkeit darüber, daß das Kernstück des neuen Gesetzes "die Erweiterung der Beteiligungsrechte der Personalvertretung in personellen und sozialen Angelegenheiten" ist [6].

Grundsätzlich geht das Gesetz nunmehr von der Mitbestimmung des Personalrats aus. Nur in wenigen Fällen bleibt es bei der Mitwirkung. Die Verfahren beider Beteiligungsformen wurden erheblich erweitert und verfeinert. Dies ist von besonderer Bedeutung für die Kündigung

---

1) BGBl 1974 I, S. 693 ff
2) zur Entstehungsgeschichte vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz, Einleitung S. 27 ff; Dietrich ZBR 1974, 113; Schnupp DöD 1974, 97; Söllner AuR 1974, 193
3) vgl. BT-Drucksache 7/176, S. 26
4) BGBl 1972 I, S. 13 ff
5) vgl. "Für ein besseres Personalvertretungsgesetz", DGB; "Entwurf für ein neues Personalvertretungsgesetz - Bund (PersVG)", DAG; "Vorschläge zur Änderung des Personalvertretungsgesetzes", DBB; Reform des Personalvertretungsgesetzes, Zur Sache 3/73
6) vgl. BT-Drucksache 7/176, S. 26

und Entlassung von Beschäftigten, die weiterhin der Mitwirkung unterliegen. Gerade dieser Bereich erfuhr eine erhebliche Aus- und Neugestaltung. Die hierdurch auftretenden Unklarheiten werfen eine Fülle von Fragen auf, deren Umfang eine vollständige Behandlung im Rahmen dieser Arbeit verbietet.

Die Untersuchung beschränkt sich daher auf wesentliche Probleme der ordentlichen und der außerordentlichen Kündigung von Angestellten und Arbeitern. Unberücksichtigt bleiben dabei die besonderen Verhältnisse bei der Kündigung von Personalratsmitgliedern und ihnen gleichgestellten Beschäftigten wie auch die Vorschriften bei der Entlassung von Beamten auf Probe oder Widerruf.

Die für Angestellte und Arbeiter überwiegend ähnlich gelagerten Regelungen im BetrVG '72 [1] haben zu umfangreichen Diskussionen geführt, auf die soweit erforderlich und möglich, zurückzugreifen sein wird.

Soweit nicht besondere Abweichungen oder Gründe der Systematik ein Eingehen auf Landespersonalvertretungsgesetze erforderlich machen, ist Grundlage das BPersVG [2].

---

1) Die Angleichung der Beteiligungsformen im BetrVG und BPersVG - vgl. dazu Frieser DB 1972, 5 ff; Däubler AuR 1972, 233 ff - war ein Grund mit für die verzögerte Entwicklung des BPersVG, da zunächst die Entwicklung des BetrVG abgewartet werden sollte, vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz, Einleitung S. 27.

2) §§ ohne nähere Bezeichnung sind solche des BPersVG

1. Abschnitt Die Beteiligung des Personalrats bei ordentlichen Kündigungen

§ 2 Überblick

Der Personalrat ist an der ordentlichen Kündigung von Arbeitern und Angestellten gem. § 79 Abs. 1 in der Form der Mitwirkung gem. § 72 zu beteiligen [1]. Die entsprechende Vorschrift für den Bereich des BetrVG ist § 102 BetrVG, der hier weitgehend als Vorlage diente [2]. Aus diesem Grund kann schon hier darauf hingewiesen werden, daß zur Behandlung der Streitfragen bei der ordentlichen Kündigung von Arbeitnehmern Literatur und Rechtsprechung zu § 102 BetrVG weitgehend heranzuziehen sind.

Mit der Regelung in §§ 79/72 hat der Gesetzgeber an dem schon bisher erforderlichen Mitwirkungsverfahren festgehalten [3]. Ein Grund, gerade bei der ordentlichen Kündigung den Personalrat auf die gegenüber der Mitbestimmung schwächere Beteiligungsform der Mitwirkung zu verweisen, ist nicht unbedingt ersichtlich. Die Neufassung des BPersVG unterwirft in § 75 nahezu alle Arbeiter und Angestellte betreffenden Maßnahmen der Mitbestimmung gem. § 69. Danach können derartige Maßnahmen gem. § 69 Abs. 1 nur mit Zustimmung des Personalrats getroffen werden.
Ergibt sich im Verlauf des Mitbestimmungsverfahrens auch bei der obersten Dienstbehörde und der bei ihr bestehenden zuständigen Personalvertretung keine Einigung, so entscheidet die Einigungsstelle gem. § 69 Abs. 4. Letztere setzt sich gem. § 71 Abs. 1, Satz 2 aus je drei von der obersten Dienstbehörde und der bei ihr bestehen-

---

1) Die Mitwirkung im Rahmen des BPersVG ist anders als im BetrVG keine Sammelbezeichnung für Unterrichtung, Beratung und Anhörung, sondern bezeichnet eine bestimmte Art der förmlichen Beteiligung.
2) vgl. BT-Drucksache 7/176, S. 34; siehe auch Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 79 Anm. 1
3) vgl. § 70 Abs. 1, b, Nr. 5 iVm § 61 BPersVG '55

den Personalvertretung bestellten Beisitzern und einem unabhängigen Vorsitzenden zusammen. Damit ist gesichert, daß an der endgültigen Entscheidung die Personalvertretung mit Sitz und Stimme beteiligt ist. Diese Form der Beteiligung in allen personellen Angelegenheiten der Arbeiter und Angestellten durchzusetzen, war besonderes Anliegen speziell der Gewerkschaften im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens [1]. Die Bedeutung gerade der personellen Entscheidungen für Arbeiter und Angestellte verdiene größtmöglichen Schutz, der nur durch das Mitbestimmungsrecht des Personalrats wirksam realisiert werden könne [2].

Der Gesetzgeber ließ sich jedoch von der Beteiligungsform der Mitwirkung bei der Kündigung nicht abbringen [3]. Daraus ergibt sich, daß die Letztentscheidung über die Kündigung allein bei der Dienststelle, d.h. auf Seiten der Verwaltung liegt, eine Verlagerung der Verantwortung der Personalpolitik der öffentlichen Hand also insoweit vermieden ist. Offensichtlich war hier der Gesichtspunkt maßgebend, daß es bei Angelegenheiten, "in denen die Verantwortung dem Dienststellenleiter auch nicht teilweise abgenommen werden kann" [4] bei der Mitwirkung verbleiben müsse, während sonst die Mitbestimmung gegeben sein sollte [5]. Ein Vergleich mit dem BetrVG zeigt, daß auch hier die Kündigung generell von der Zustimmung des Betriebsrats unabhängig ist. Der Betriebsrat muß vielmehr vor jeder Kündigung gem. § 102 Abs. 1 BetrVG nur gehört werden. Immerhin besteht gem. § 102 Abs. 4 BetrVG

---

1) vgl. DGB, Vorschläge, S. 34 zu § 71 Abs. 1; DGB PersVG S. 35 zu § 75; DBB, Vorschläge, S. 28 zu § 71 Abs. 1
2) vgl. wie FN 1; siehe auch Ilbertz ZBR 1969, 137
3) Auch ein entsprechender Änderungsantrag der CDU/CSU-Fraktion fand keine Berücksichtigung, vgl. BT-Drucksache 7/1403 zu § 4 zu § 75 a.
4) vgl. BT-Drucksache 7/176, S. 34
5) Auffallend ist, daß im Gegensatz zur Mitwirkung des Personalrats im Einzelfall der Erlaß von generellen Richtlinien über die personelle Auswahl u.a. auch bei Kündigungen der Mitbestimmung des Personalrats gem. § 76 Abs. 2, Satz 1, Nr. 8 unterliegt.

die Möglichkeit einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, nach der Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen und im Streitfall die Einigungsstelle entscheidet [1]. Entsprechende Übereinkommen sind im Bereich des PersVG jedoch nicht möglich, da gem. § 73 Abs. 1 an sich zulässige Dienstvereinbarungen in § 79 nicht vorgesehen sind.

Ob mit der "Verantwortung des Dienststellenleiters" die Entscheidung des Gesetzgebers für die Mitwirkung bei Kündigungen wirklich zwingend begründet werden kann, erscheint insbesondere angesichts der Mitbestimmungsregelung verschiedener Länder [2] zweifelhaft, bedarf aber auf Grund der nunmehr geltenden Gesetzesfassung im Rahmen dieser Untersuchung keiner weiteren Erörterung.

§ 3 Die Voraussetzungen der Beteiligung des Personalrats

I. Die Kündigung von Arbeitern und Angestellten

Unter den Schutzbereich des § 79 Abs. 1 und 2 fallen grundsätzlich alle Arbeiter und Angestellten einschließlich der zur Ausbildung Beschäftigten [3]. Insbesondere ist die Mitwirkung des Personalrats auch erforderlich bei der Kündigung eines Angestellten während der Probezeit [4], soweit es sich um ein Probearbeitsverhältnis mit Kündigungsvorbehalt handelt [5]. Hingegen ist bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeiters

---

1) zu dieser Frage vgl. Müller S. 162 ff
2) vgl. z.B. § 72 Abs. 1, Satz 1, Nr. 8 PersVG NW
3) vgl. § 4 Abs. 3 und 4
4) vgl. § 5 BAT: "Die ersten sechs Monate der Beschäftigung gelten als Probezeit, ---"
5) Bei einem echten befristeten Probearbeitsverhältnis ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen, wenn nicht die Parteien etwas anderes vereinbart haben, vgl. Palme BlStSozArbR 1974, 279.

während der Probezeit [1] gem. § 79 Abs. 3, Satz 1 nur eine Anhörung des Personalrats vorgesehen [2].

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte gilt § 79 Abs. 1 und 2 auch für Arbeitnehmer, die nicht in den persönlichen Geltungsbereich des KSchG fallen (vgl. § 1 KSchG) [3], deren Arbeitsverhältnisse in demselben Betrieb also noch nicht sechs Monate bestanden haben.

Handelt es sich um Mitglieder eines Personalrats, einer Jugendvertretung, eines Wahlvorstandes oder einen Wahlbewerber, so ist gem. § 15 Abs. 2, 3 KSchG eine ordentliche Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen [4]. Eine ordentliche Kündigung des angeführten Personenkreises kommt nur in den Ausnahmefällen des § 15 Abs. 4, 5 KSchG, also bei Stillegung eines Betriebs oder einer Betriebsabteilung in Frage. Auf diese Fälle beschränkt sich dementsprechend die Mitwirkung des Personalrats.

Gem. § 79 Abs. 1, Satz 2 iVm § 77 Abs. 1, Satz 2 sind Kündigungen von Angestellten der Mitwirkung des Personalrats völlig entzogen, soweit ihre Stellung der eines Beamten nach § 36 Abs. 1 BBG ("politische Beamte") oder der eines Beamten von Besoldungsgruppe A 16 an aufwärts entspricht. Grundgedanke dieser Regelung ist es - ähnlich wie bei § 5 Abs. 3 BetrVG [5] -, zu verhindern, daß mögliche Interessenkonflikte die Unabhängigkeit der Entscheidungen der öffentlichen Verwaltungen beeinträchtigen [6]. Das könnte der Fall sein bei Beschäftigten,

---

1) vgl. § 5 MTB II: "Die ersten vier Wochen nach der Einstellung sind Probezeit."
2) Zur Mitwirkung bei der Entlassung von Beamten auf Probe oder auf Widerruf siehe § 78 Abs. 1, Nr. 4.
3) allg. Ansicht, vgl. Bitzer PersV 1975, 121(122)
4) Die Beteiligung des Personalrats an der bei diesen Beschäftigten zulässigen Kündigung aus wichtigem Grund regeln die §§ 47, 62.
5) vgl. Dietz-Richardi § 5, Anm. 105; Rüthers-Stindt BB 1972, 977
6) vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 77, Anm. 2

die sich von ihrer Position her in der Rolle eines "sozialen Gegenspielers des Personalrats" befinden [1].

II. Die Kündigung durch den Dienststellenleiter

Die Mitwirkung des Personalrats gem. § 72 ist nur bei einer Kündigung seitens der Dienststelle, d.h. des zuständigen Dienststellenleiters, erforderlich, da sie sich nur auf von der Dienststelle beabsichtigte Maßnahmen erstreckt [2]. Sie entfällt somit bei der Kündigung durch den Arbeiter oder Angestellten selbst wie auch bei der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses aus sonstigen Gründen, wie z.B. Auflösungsvertrag oder Fristablauf bei einem befristeten Arbeitsverhältnis.

Im Unterschied zu § 104 BetrVG hat der Personalrat keine Möglichkeit, von sich aus die Kündigung eines Arbeiters oder Angestellten zu erzwingen. Anders auch als in einigen Landespersonalvertretungsgesetzen [3] besteht kein Initiativrecht mit der Folge eines bei ablehnender Haltung der Dienststelle einzuleitenden förmlichen Beteiligungsverfahrens [4]. Der Personalvertretung bleibt nur die Befugnis, im Rahmen ihrer allgemeinen Aufgaben gem. § 68 Abs. 1, Nr. 1 die Kündigung eines Arbeitnehmers anzuregen, wenn das zur Aufrechterhaltung des Friedens der Dienststelle unbedingt erforderlich erscheint [5]. Der Dienststellenleiter wird darauf wegen seiner Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1) Rücksicht zu nehmen haben, indem er sich ernsthaft mit dem Vorbringen der Personalvertretung auseinandersetzt [6]. Weitere beteiligungsrechtliche Folgen

---

1) vgl. OVG Hamburg ZBR 1959, 132
2) vgl. Havers § 72, Erl. 18
3) siehe z.B. § 72 Abs. 1, Nr. 8 iVm § 66 Abs. 4 PersVG NW
4) zum Initiativrecht bei Mitbestimmungsangelegenheiten vgl. § 70
5) vgl. BAG AP Nr. 22 zu § 1 KSchG
6) vgl. Havers § 69, Erl. 6; Kuhn/Sabotting § 72, Anm. 5

zieht eine solche Anregung des Personalrats jedoch nicht nach sich.

III. Die Beteiligung vor der Kündigung

Gem. § 72 Abs. 1 hat die Mitwirkung des Personalrats "vor der Durchführung" einer "beabsichtigten Maßnahme" zu erfolgen. Dem eindeutigen gesetzlichen Wortlaut nach liegt also eine ordnungsgemäße Mitwirkung nur vor, wenn der Personalrat beteiligt wurde, bevor die Kündigung von der Dienststelle ausgesprochen worden ist. Dies entspricht auch Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung. Die Mitwirkung des Personalrats bei Kündigungen soll diesem Gelegenheit geben, diese aus seiner Sicht zu überprüfen, eventuelle Bedenken und Einwendungen dem Dienststellenleiter vorzutragen, mit ihm zu erörtern und so gegebenenfalls dessen Entscheidung zu beeinflussen. Die Beteiligung des Personalrats an der Willensbildung des Dienststellenleiters scheidet aber aus, wenn letzterer die Kündigung bereits ausgesprochen hat.
Dabei kommt es entscheidend auf die Manifestation des Kündigungswillens durch den Dienststellenleiter nach außen an [1]. Das vorgeschriebene Mitwirkungsverfahren kann demgemäß nach Abgabe der Kündigungserklärung nicht mehr eingeleitet werden. Bei schriftlicher Kündigung verstößt daher bereits das Absenden des Kündigungsschreibens gegen die Vorschriften des § 79 Abs. 1 und des § 72 Abs. 1, selbst wenn das Schreiben zum Zeitpunkt der Einschaltung des Personalrats noch nicht zugegangen ist [2].

Fraglich ist, ob eine rechtzeitige und ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats vorliegt, wenn der Dienststellenleiter zu erkennen gibt, daß er bereits fest zur Kündigung entschlossen ist. Die Bedeutung des Kündigungs-

---

1) vgl. BVerwG ZBR 1963, 213
2) vgl. Söllner § 21 V, 5, S. 164; Stege-Weinspach S. 388; BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 20

willens des Arbeitgebers wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich behandelt [1], da das Gesetz keine ausdrückliche Regelung enthält.
Der Entwurf des PersVG [2] sah in § 75 Abs. 1, Satz 3 eine Beteiligung des Personalrats bei Kündigungen nur auf Antrag des Betroffenen vor. Dagegen wandte sich insbesondere der DGB [3]. Mit der Mitteilung von der beabsichtigten Kündigung an den Betroffenen sei die Entscheidung des Dienststellenleiters bereits abschließend gebildet; dies sei mit der Rechtsstellung der Personalvertretungen unvereinbar. Die Mitwirkung bei der ordentlichen Kündigung ist im geltenden Gesetz nicht an einen Antrag des Arbeitnehmers gebunden [4]. Ob damit aber auch entsprechend der Argumentation des DGB der "Kündigungswille" des Dienststellenleiters Bedeutung erlangt hat, erscheint gleichwohl zweifelhaft.

Das Gesetz verlangt vom Dienststellenleiter die Beteiligung des Personalrats in der Form der Mitwirkung. Ist der Personalrat entsprechend beteiligt worden, kann die Kündigung ausgesprochen werden. Daneben auf den Kündigungswillen des Dienststellenleiters abzustellen, hieße im Rahmen

---

1) für die Berücksichtigung BAG E 12, 174 = AP Nr. 20 zu § 66 BetrVG '55; Etzel DB 1973, 1017(1018); Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 7; Gnade-Kehrmann-Schneider § 102, Anm. 6; GK-Kraft § 26, Anm. 9; Hueck-Nipperdey Bd. II, 2, S. 1442;
dagegen Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 209(210); Brauch S. 80, 81; Dietz-Richardi § 102, Anm. 34; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 27; Meisel S. 143; ders. DB 1972, 1627(1629); Richardi ZfA 1972, Sonderheft, S. 23; Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 67(74); ders. Anm. 34 b;
wie letzere für das PersVG Havers § 69, Erl. 5; Richardi in Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 70 PersVG '55 Kündigung; für die Berücksichtigung hingegen BAG AP Nr. 2 zu § 70 PersVG '55 Kündigung
2) BT-Drucksache 7/176
3) vgl. DGB PersVG, S. 36 und 38 zu § 75
4) Insoweit besteht kein Unterschied zu § 102 BetrVG, zu dem die Frage der Willensbildung nahezu ausschließlich behandelt wird.

eines genau nachprüfbaren Beteiligungsverfahrens die Unwägbarkeiten eines Willensbildungsprozesses mit heranzuziehen. Einmal muß dieser Prozeß zwangsläufig ein gewisses Stadium erreicht haben, bevor der Dienststellenleiter eine "beabsichtigte Maßnahme" mit dem Personalrat erörtern kann [1]. Zum anderen ist nach Ausspruch der Kündigung die Feststellung, wann der Dienststellenleiter den entsprechenden - endgültigen - Entschluß gefaßt hat, kaum mehr möglich. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit kann es daher auf den Stand der Willensbildung beim Dienststellenleiter für die ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats nicht ankommen [2].

Entscheidend ist somit nur, ob der Dienststellenleiter die Personalvertretung vor Ausspruch der Kündigung überhaupt beteiligt hat.

§ 4 Das Beteiligungsverfahren

In Mitwirkungsangelegenheiten verpflichtet § 72 Abs. 1 den zuständigen Dienststellenleiter, beabsichtigte Maßnahmen vor ihrer Durchführung mit dem Personalrat oder - im Fall von § 82 - mit der zuständigen Stufenvertretung rechtzeitig und eingehend zu erörtern [3].

Zur Einleitung des Mitwirkungsverfahrens teilt der Dienststellenleiter [4] dem Personalrat die beabsichtigte Maßnahme mit. Da eine besondere Form vom Gesetz nicht vorgeschrieben ist, kann die Mitteilung schriftlich oder

---

1) vgl. Havers § 66, Erl. 5
2) zu dieser Ansicht "neigt" nunmehr auch das BAG, vgl. BAG DB 1974, 1294, 1295 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72 mit insoweit zust. Anm. von Richardi = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 8 mit zust. Anm. Kraft
3) zur Stufenvertretung siehe im einzelnen § 53
4) Gemeint ist hier entsprechend § 7 Satz 1 immer der Dienststellenleiter oder im Falle seiner Verhinderung sein Stellvertreter. Sonderregelungen enthält § 7 Satz 2 für oberste Dienstbehörden und Bundesoberbehörden.

mündlich, etwa im Rahmen des Monatsgesprächs gem. § 66 Abs. 1 erfolgen [1]. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß die schriftliche Mitteilung den Vorteil der Klarstellung über Termin und Inhalt der Mitteilung mit sich bringt. Die beabsichtigte Maßnahme kann dem Plenum des Personalrats, aber auch dem Vorsitzenden oder dem Vorstand (§ 32 Abs. 1, Satz 4) vorgelegt werden, da die Mitteilung nur der Vorbereitung der Erörterung und der Beschlußfassung durch den Personalrat dient [2]. Nicht ausreichend zur Einleitung des Mitwirkungsverfahrens ist die Mitteilung an ein beliebiges Personalratsmitglied, da solche Mitglieder zur Entgegennahme von Erklärungen an den Personalrat nicht berechtigt sind [3]. Das folgt für das PersVG aus der Regelung des § 32, der Tätigkeiten für den Personalrat nur dem Vorstand oder dem Vorsitzenden zuweist [4].

Ist der Personalrat an einer Maßnahme der Dienststelle zu beteiligen, so muß er gem. § 68 Abs. 2 rechtzeitig und umfassend unterrichtet werden. Bei der Mitwirkung ergäbe sich diese Verpflichtung der Dienststelle auch ohne besondere gesetzliche Anordnung aus dem Sinn dieser Beteiligungsform. Der Personalrat soll die Vorhaben der Verwaltung nicht nur aus seiner Sicht überprüfen, sondern auch durch die Erörterung eventueller Bedenken und Ein-

---

1) vgl. Dietz § 61, Anm. 13; Molitor § 61, Anm. 4; Engelhard-Ballerstedt §§ 70, 71, Anm. 5; a.A. - nur schriftlich - Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 11

2) vgl. Kuhn/Sabotting § 72, Anm. 4; für den Bereich des BetrVG besagt § 26 Abs. 3, S. 2 BetrVG, daß zur Entgegennahme von Erklärungen gegenüber dem Betriebsrat der Vorsitzende oder im Falle seiner Verhinderung der Stellvertreter berechtigt ist

3) vgl. Bitzer PersV 1975, 121(122)

4) Das Personalratsmitglied könnte allerdings insoweit als Erklärungsbote des Dienststellenleiters anzusehen sein, wenn es die beabsichtigte Maßnahme dem Vorsitzenden mitteilt, vgl. Dietz-Richardi § 102, Anm. 32; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 15; Nikisch III, S. 479.

wände die Dienststelle veranlassen, die beabsichtigte Maßnahme noch einmal zu überdenken. Dazu ist der Personalrat jedoch nur in der Lage, wenn ihm diejenigen Informationen und Unterlagen zugehen, die die Entscheidung des Dienststellenleiters beeinflußt haben [1]. Bei der Kündigung gehört dazu neben der Angabe der Person des Beschäftigten, der Art der Kündigung und der genauen Bezeichnung des Kündigungstermins insbesondere die vollständige Angabe der Kündigungsgründe [2]. Nur dann hat der Personalrat die Möglichkeit zu einer begründeten Stellungnahme und zu etwaigen Einwendungen.

Die Mitteilung von der beabsichtigten Kündigung bedeutet gleichzeitig das Angebot ihrer Erörterung mit dem Personalrat. Da davon ausgegangen werden kann, daß der Personalrat die ihm zustehenden Rechte kennt, bedarf es keiner ausdrücklichen Aufforderung zur Erörterung einer der Mitwirkung unterliegenden Maßnahme [3].

Die Verhandlungen mit dem Dienststellenleiter können mündlich oder schriftlich geführt werden [4], da § 72 Abs. 1 keine näheren Regelungen enthält. Wegen der Bedeutung der Erörterung kann die Personalvertretung allerdings eine mündliche Auseinandersetzung verlangen [5].

---

1) vgl. BVerwG E 5, 344; 10, 196
2) vgl. Brauch S. 80; Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 5; Meisel DB 1972, 1627(1628); Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 67(74); zur entspr. Informationspflicht bei der außerordentlichen Kündigung vgl. Etzel DB 1973, 1017
3) a.A. Kuhn/Sabotting § 72, Anm. 4; wie hier für § 102 BetrVG: LAG Berlin AP Nr. 1 zu § 102 BetrVG '72; Dietz-Richardi § 102, Anm. 35; Meisel DB 1972, 1627(1628)
4) vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 61 PersVG '55; Molitor § 61, Anm. 4; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 6; Engelhard -Ballerstedt §§ 70, 71, Anm. 5, 8; offen gelassen in BAG E 5, 203 = AP Nr. 1 zu § 61 PersVG '55
5) vgl. wie FN 4; a.A. - immer nur mündlich - Ambos PersV 1967, 241(243); Dietz § 61, Anm. 15; Fitting-Heyer-Lorenzen § 61, Anm. 3; Havers § 69, Erl. 9; wohl auch Kuhn/Sabotting § 72, Anm. 4

Im Falle der mündlichen Mitteilung der Maßnahme gegenüber dem Plenum des Personalrats kann sich die Erörterung auch gleich an diese anschließen, wenn der Personalrat sich dazu vom Sachverhalt und der Unterrichtung durch den Dienststellenleiter her imstande sieht [1]. Eine Frist zwischen Mitteilung und Erörterung ist nicht vorgesehen, doch dürfte sich eine Zwischenfrist zur Vorbereitung des Personalrats bei schwierigen Fällen empfehlen.

Für die Dienststelle verhandelt ihr Leiter oder im Fall seiner Verhinderung sein Stellvertreter (§ 7) [2]. Allerdings kann der Dienststellenleiter bei der Erörterung Sachbearbeiter zur näheren Aufklärung hinzuziehen [3]; er oder sein Stellvertreter müssen aber selbst anwesend sein. Dietz [4] sieht darin einen Widerspruch zur anerkannten Möglichkeit der schriftlichen Erörterung [5], da niemand behaupte, die Schreiben müßten vom Dienststellenleiter selbst verfaßt worden sein. Er will daher die Vertretung auch durch den zuständigen Sachbearbeiter zulassen [6]. Dem ist jedoch nicht zu folgen. Soweit der Inhalt des Schreibens von Sachbearbeitern verfaßt ist, entspricht dies der Möglichkeit, Sachbearbeiter im Rahmen der mündlichen Erörterung hinzuzuziehen. Die Alleinverantwortlichkeit des gem. § 7 zuständigen Dienststellenleiters ergibt sich entweder aus seiner Unterschrift unter dem Schreiben oder aus der Anwesenheit bei der

---

1) vgl. Dietz § 61, Anm. 13; Fitting-Heyer-Lorenzen § 61, Anm. 3; Havers § 72, Erl. 8
2) vgl. BAG E 5, 203 = AP Nr. 1 zu § 61 PersVG '55; OVG Münster PersV 1965, 131; Ambrosius-Fischer § 53, Anm. 10; Engelhard-Ballerstedt §§ 70, 71, Anm. 8; Ordemann PersV 1959, 271
3) vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 70 PersVG '55 Kündigung; Dietz § 33, Anm. 31; Engelhard-Ballerstedt §§ 70, 71, Anm. 8; Fitting-Heyer-Lorenzen § 33, Anm. 7; Havers § 69, Erl. 8
4) Dietz Anm. zu BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 61 PersVG '55
5) siehe S. 12 mit FN 4
6) so wohl auch Grabendorff PersV 1959, 313 ff, FN 21

mündlichen Verhandlung [1].

Verhandlungspartner des Dienststellenleiters ist das gesamte Plenum des Personalrats, nicht etwa der Vorstand oder der Vorsitzende allein [2] [3]. Der Vorsitzende vertritt den Personalrat gem. § 32 Abs. 3, Satz 1 nur im Rahmen der von diesem gefaßten Beschlüsse. Der Vorstand führt gem. § 32 Abs. 1, Satz 4 nur die laufenden Geschäfte [4]. Dazu zählen jedenfalls nicht diejenigen Angelegenheiten, deren Behandlung das Gesetz dem Personalrat im Rahmen eines förmlichen Beteiligungsverfahrens zugewiesen hat, wie es bei der Mitwirkung der Fall ist [5]. Gleichwohl handelt es sich bei der Erörterung mit dem Personalrat nicht notwendig um eine ordentliche Sitzung iSd § 34 Abs. 2 [6], so daß die Vorschriften über die Ein-

---

1) zur Vertretung der Dienststelle vgl. auch OVG Münster ZBR 1962, 393; PersV 1965, 131; LAG Hamm ZBR 1962, 62; Ambos PersV 1965, 270; Ordemann PersV 1959, 271; Prull PersV 1969, 137 ff, FN 20

2) vgl. BVerwG E 18, 162; E 19, 325; E 34, 180; ZBR 1971, 285; E 41, 30 = ZBR 1972, 381 mit zust. Anm. Windscheid; Ambos PersV 1967, 241(243); Engelhard-Ballerstedt §§ 70, 71, Anm. 8; Fischer-Goeres § 72, Anm. 9; Fitting-Heyer-Lorenzen § 61, Anm. 3; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 10; Havers § 69, Erl. 8

3) Demgegenüber gibt die Anhörung gem. § 102 BetrVG dem Betriebsrat nur ein Recht zur Stellungnahme; das bedeutet für den Arbeitgeber aber keine Beratungspflicht, vgl. Dietz-Richardi § 102, Anm. 29; Galperin-Siebert § 66, Anm. 6 und 7; Nikisch III, S. 478/479.
Da eine "Erörterung" also nicht gesetzlicher Bestandteil des Beteiligungsverfahrens ist, kann sie nach dem Betriebsverfassungsrecht auch allein mit dem Vorsitzenden erfolgen.

4) vgl. dazu Windscheid PersV 1973, 44 ff; siehe auch die Nachweise bei Engelhard-Ballerstedt § 40, Anm. 19

5) vgl. FN 2; a.A. teilweise Dietz § 61, Anm. 16, der davon ausgeht, daß bei großen Dienststellen aus praktischen Erwägungen heraus auch Mitwirkungsangelegenheiten, ja sogar Maßnahmen, die der Mitbestimmung unterliegen, unter die laufenden Geschäfte des Vorstands fallen können.

6) vgl. Dietz § 61, Anm. 18; Engelhard-Ballerstedt §§ 70, 71, Anm. 8; Fitting-Heyer-Lorenzen § 61, Anm. 3; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 10

berufung von Sitzungen und deren Durchführung keine Anwendung finden. Andererseits ist eine Erörterung in einer ordentlichen Sitzung , die der Dienststellenleiter beantragt hat (§ 34 Abs. 4), auch nicht ausgeschlossen.

Die Erörterung selbst hat mit dem Ziele der Verständigung rechtzeitig und eingehend zu erfolgen (§ 72 Abs. 1). Danach ist Ziel der Erörterung, ein beide Seiten zufriedenstellendes Ergebnis zu erreichen [1]. Das bedeutet, daß die Verhandlungspartner die gegenseitigen Vorstellungen und Argumente bei der endgültigen Meinungsbildung nach der Intention des Gesetzes zu berücksichtigen haben [2]. Die Erörterung muß rechtzeitig vorgenommen werden und zwar so rechtzeitig, daß der Personalrat die Möglichkeit hat, sich mit den anfallenden Fragen vertraut zu machen [3] und mit etwaigen Gegenvorstellungen die amtliche Planung tatsächlich noch zu beeinflussen [4].
Eingehend ist die Erörterung nur dann, wenn auf der Grundlage des gesamten Unterlagenmaterials alle für und gegen die Maßnahme sprechenden Erwägungen behandelt werden [5]. Dazu reicht es nicht aus, daß der Dienststellenleiter die Maßnahme aus seiner Sicht begründet und die Reaktion des Personalrats kommentarlos zur Kenntnis nimmt. Er muß vielmehr zu den Erwägungen des Personalrats begründet Stellung nehmen. Darin liegt - neben der besonderen verfahrensmäßigen Ausgestaltung der Mitwirkung - der wesentliche Unterschied zur Anhörung gem. § 102 BetrVG; bei der Anhörung ist der Dienststellenleiter bzw. Arbeitgeber nur

---

1) vgl. Dietz § 61, Anm. 14; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 9
2) Havers § 69, Erl. 11 spricht davon, daß es nicht angehe, dem Verhandlungspartner den eigenen Willen rücksichtslos aufzwingen zu wollen.
3) vgl. Havers § 69, Erl. 9
4) vgl. BVerwG ZBR 1970, 269; E 37, 169 = ZBR 1971, 285; E 41, 30 = ZBR 1972, 381 mit zust. Anm. Windscheid; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 7
5) vgl. Ambos PersV 1967, 241(243); Dietz § 61, Anm. 15; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 8; Havers § 69, Erl. 10

verpflichtet, die Stellungnahme des Personalrats entgegenzunehmen, gegebenenfalls auch zu berücksichtigen, nicht aber dazu, diese auch mit den Vertretungen der Beschäftigten zu beraten [1]. Im Rahmen der Kündigung liegt das Schwergewicht der Erörterung naturgemäß bei den Kündigungsgründen. Welche Tatsachen, Umstände und Gesamtzusammenhänge zu behandeln sind, richtet sich jeweils nach dem konkreten Einzelfall.
Nach Abschluß der Erörterung erfolgt die gemeinsame Beratung der Maßnahme durch den Personalrat im Rahmen einer ordentlichen Sitzung gem. § 34 Abs. 2. Daran schließt sich die Beschlußfassung an. Da bei der Kündigung entweder ein Arbeiter oder ein Angestellter betroffen ist, obliegt diese gem. § 38 Abs. 2 nur den Vertretern der jeweiligen Gruppe [2]. Auch hier handelt es sich nicht um ein laufendes Geschäft des Vorstands gem. § 32 Abs. 1, Satz 4, da Mitwirkungsangelegenheiten vom Gesetzgeber grundsätzlich "zum Gegenstand der Beschlußfassung des Personalrats" gemacht worden sind [3]. Bei Gruppenangelegenheiten wie der Kündigung würde ein Beschluß des Vorstands zudem die in § 38 Abs. 2 besonders geregelte Zuständigkeit der Gruppenvertreter verletzen [4].

Der Behandlung der Kündigung durch den Personalrat kommt je nach ihrem Inhalt unterschiedliche Bedeutung zu.

Schweigt der Personalrat nach ordnungsgemäßer Mitteilung, ohne eine Erörterung zu verlangen [5], gilt die Kündigung

---

1) vgl. Dietz-Richardi § 102, Anm. 36; Galperin-Siebert § 66, Anm. 7; Nikisch III, S. 479
2) vgl. BVerwG E 37, 169 = ZBR 1971, 285; E 41, 30 = ZBR 1972, 381
3) st. Rechtspr.; vgl. BVerwG E 34, 180 m.w.N.; vgl. auch Dietz § 61, Anm. 18; Fitting-Heyer-Lorenzen § 61, Anm. 3; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 79, Anm. 15; Havers § 69, Erl. 12; Kuhn/Sabotting § 72, Anm 4
4) vgl. BVerwG wie FN 2
5) Ob der Personalrat eine Erörterung verlangt, liegt allein bei ihm, vgl. BVerwG PersV 1966, 113(115); Havers § 69, Erl. 8.

gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 nach Ablauf von sieben Arbeitstagen als gebilligt. Die Fristberechnung erfolgt gem. § 187 ff BGB. Die Frist rechnet vom Tage der Mitteilung von der beabsichtigten Kündigung an.

Hat eine Erörterung stattgefunden, ohne daß der Personalrat der Dienststelle sofort eine endgültige Entscheidung bekannt gemacht hat, beginnt die Frist gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 nach einer vielfach vertretenen Meinung mit dem Tage der Erörterung [1]. Der unterschiedliche Fristbeginn folgt danach aus der Gegenüberstellung von Nichtäußerung und Verhalten des Personalrats "bei Erörterung" in § 72 Abs. 2, Satz 1. Ein Neubeginn der Frist von sieben Arbeitstagen nach einer Erörterung ist jedoch abzulehnen [2]. Er würde im Ergebnis dazu führen, daß es der Personalrat in der Hand hätte, durch eine kurz vor Fristende angesetzte Erörterung die Frist praktisch zu verdoppeln. Auch im Falle einer Erörterung muß die Stellungnahme des Personalrats der Dienststelle somit binnen sieben Arbeitstagen zugehen. Die Frist in § 72 Abs. 2, Satz 1 ist jedoch nicht insoweit zwingend, als daß sie nicht durch Vereinbarung zwischen dem Personalrat und dem Dienststellenleiter verlängert werden könnte [3].

---

1) so die wohl h.M. zu dem nicht unbedingt eindeutigen Wortlaut des § 61 Abs. 2, Satz 1 PersVG '55, der insoweit der Neufassung in § 72 Abs. 2, Satz 1 entspricht; vgl. Ambos PersV 1967, 241(243); Ballerstedt-Engelhard Art. 61, Anm. 8; Dietz § 61, Anm. 23; Distel S. 154; Fitting-Heyer-Lorenzen § 61, Anm. 4; Grabendorff PersV 1959, 313(315); Grabendorff-Windscheid § 61, Erl. 2; eindeutige Regelungen enthalten demgegenüber z.B. § 70 Abs. 2, Satz 5 PersVG Nds. (ab Mitteilung), § 69 Abs. 2, Satz 1 PersVG NW (ab Erörterung)

2) so im Ergebnis auch Heilemann-Czyborra § 61, Anm. 4; wohl auch Molitor § 61, Anm. 5; unklar Pittrof-Bruns § 60, Anm. 4a

3) vgl. Grabendorff-Windscheid § 61, Erl. 2; für BetrVG Dietz-Richardi § 102, Anm. 44; Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 9; Meisel DB 1972, 1627(1630); ablehnend Ballerstedt-Engelhard Art. 61, Anm. 8; Havers § 69, Erl. 13; für BetrVG Stege-Weinspach S. 354; Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 209(212)

Schutzwürdige Belange, insbesondere des von der Kündigung Betroffenen, stehen dem nicht entgegen, da sich durch eine Fristverlängerung nur ein Hinausschieben der Kündigung und eine möglicherweise intensivere Behandlung im Personalrat ergeben kann. Die Frist verdoppelt sich von Gesetzes wegen gem. § 82 Abs. 2, wenn nicht die beschäftigende Dienststelle selbst zur Kündigung befugt ist (§ 82 Abs. 1).

Geht der Dienststelle nach der Erörterung innerhalb der gesetzlichen oder vereinbarten Frist keine endgültige Stellungnahme des Personalrats zu, geht das Gesetz davon aus, daß die Personalvertretung mögliche Vorschläge und Einwendungen nicht aufrecht erhält und fingiert die Billigung der Kündigung (§ 72 Abs. 2, Satz 1).
Beschließt der Personalrat, der Kündigung sofort oder nach Erörterung zuzustimmen oder keine Einwendungen zu erheben, so kann der Dienststellenleiter die Kündigung aussprechen, sobald ihm der Beschluß vom Vorsitzenden des Personalrats (§ 32 Abs. 3, Satz 1) mitgeteilt worden ist, da das Mitwirkungsverfahren damit beendet ist.

Ist der Personalrat mit der Kündigung nicht einverstanden, hängt das weitere Verfahren vom Inhalt der Gegenvorstellungen der Personalvertretung ab.
Soweit der Personalrat sich auf Erwägungen stützt, die nicht im Katalog der Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 enthalten sind [1], so hindern diese

---

1) Der Personalrat kann gegen die Kündigung Einwendungen erheben, wenn nach seiner Ansicht
   1. bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt worden sind,
   2. die Kündigung gegen eine Richtlinie im Sinne des § 76 Abs. 2, Nr. 8 verstößt,
   3. der zu kündigende Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in derselben Dienststelle oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweiges an demselben Dienstort einschließlich seines Einzugsgebietes weiterbeschäftigt werden kann,

(weiter S. 19)

Bedenken [1] den Dienststellenleiter nicht, die Kündigung gleichwohl auszusprechen. Solchem Vorbringen kommt keine weitere verfahrensrechtliche Bedeutung zu [2].

Anders ist es hingegen, wenn der Personalrat Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 erhebt [3].
Diese Einwendungen muß der Personalrat gem. § 72 Abs. 2, Satz 2 dem Dienststellenleiter gegenüber innerhalb der Äußerungsfrist von sieben Arbeitstagen gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 begründen. Die Begründung erfordert ein Eingehen auf die konkreten Tatsachen des Einzelfalls, soweit sie geeignet erscheinen, die Voraussetzungen des § 79 Abs. 1, Satz 3 auszufüllen [4]. Ein bloßer Hinweis auf den entsprechenden Einwendungsgrund reicht nicht aus [5]. Auf der anderen Seite ist nicht zu verlangen, daß das Vorbringen des Personalrats schlüssig im Sinne des Prozeßrechts ist [6]. Ob die Einwendungen tatsächlich begründet sind, entscheidet das Arbeitsgericht [7], wie aus § 79 Abs. 2, Satz 2 folgt, wonach das Gericht bei der Frage nach der

---

4. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist oder
5. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Vertragsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt.

1) so die Terminologie des § 102 Abs. 2 BetrVG; zum Unterschied zwischen allgemeinen Bedenken und dem Widerspruch nach § 102 BetrVG - entsprechend den Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 - vgl. auch Brauch S. 81
2) vgl. Bitzer PersV 1975, 121(123); für BetrVG Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 10; Meisel DB 1972, 1627 (1630); Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 67(74)
3) zu den Einwendungen siehe § 5, S. 23 ff
4) zum ordnungsgemäßen Widerspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG siehe auch ArbG München DB 1975, 1081/1082; LAG Niedersachsen DB 1975, 1898 f; Borrmann DB 1975, 882 f
5) h.M.; vgl. BAG DB 1971, 1528; Brauch S. 82, 83; Meisel DB 1972, 1627(1631); Schlochauer RdA 1973, 157(159)
6) so aber ArbG Bochum DB 1974, 729 f
7) vgl. LAG Düsseldorf DB 1974, 2113 und BB 1976, 1462

Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers u.a. darüber entscheidet, ob der Widerspruch des Personalrats offensichtlich unbegründet ist.

Die Schriftform ist vom Gesetz für die Erhebung der Einwendungen nicht vorgeschrieben [1], mag sie auch in der Praxis aus Zweckmäßigkeitserwägungen (Nachweis!) in der Regel eingehalten werden. Allein der Wortlaut des § 79 Abs. 1, Satz 4, wonach dem betroffenen Arbeitnehmer eine "Abschrift" der Stellungnahme der Personalvertretung zuzuleiten ist, zwingt nicht dazu, die Schriftform dennoch zu fordern. In der Mitwirkungsvorschrift ist in § 72 Abs. 3 nur für die Einwendungen ganz oder teilweise ablehnende Entscheidung der Dienststelle ausdrücklich die Schriftform verlangt. Das gleiche gilt für die Ablehnung der Zustimmung durch den Personalrat in Mitbestimmungsangelegenheiten gem. § 69 Abs. 2, Satz 5. Ein Versehen des Gesetzgebers ist also trotz der Formulierung in § 79 Abs. 1, Satz 4 kaum anzunehmen. Besonders deutlich geht dies aus § 1 Abs. 2 KSchG hervor: die Schriftform ist hier nur beim Widerspruch des Betriebsrats [2], nicht bei Einwendungen des Personalrats vorgeschrieben.

Schließt sich der Dienststellenleiter den Einwendungen an, ist das Mitwirkungsverfahren auch hier erledigt. Entspricht der Dienststellenleiter den Einwendungen nicht oder nur zum Teil, so muß er diese Entscheidung, wie bereits erwähnt, dem Personalrat gem. § 72 Abs. 3 unter Angabe der Gründe schriftlich mitteilen.

Bei diesem Verfahrensstand hat der Personalrat, auch hier in seiner Gesamtheit und nicht der Vorstand allein [3],

---

1) a.A. offenbar Bitzer PersV 1975, 124
2) vgl. dazu auch Dietz-Richardi § 102, Anm. 76; Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 11; a.A. Adomeit DB 1971, 2360(2362)
3) vgl. BVerwG E 44, 145(146); Dietz § 61, Anm. 31; Distel S. 300; Grabendorff-Windscheid Anm. II, Nr. 4 zu § 61; Havers § 69, Erl. 16

zwei Möglichkeiten.
Er kann die Kündigung nunmehr durch Beschluß billigen oder aber auch auf jede Äußerung verzichten; dann ist spätestens nach Ablauf von drei Arbeitstagen (§ 72 Abs. 4, Satz 1) das Mitwirkungsverfahren beendet; der Dienststellenleiter kann die Kündigung aussprechen.

Der Personalrat kann aber auch an seinen Einwendungen festhalten. Er hat dann gem. § 72 Abs. 4, Satz 1 die Möglichkeit, die Angelegenheit binnen drei Arbeitstagen nach Zugang der Mitteilung der Entscheidung der Dienststelle der übergeordneten Verwaltungsbehörde, bei der eine Stufenvertretung [1] besteht, zur Entscheidung vorzulegen [2]. Da der Dienstweg einzuhalten ist, erhält der Dienststellenleiter von dem Antrag des Personalrats automatisch Kenntnis. Die Regelung in § 72 Abs. 4, Satz 4, wonach der Personalrat der Dienststelle eine Abschrift zuzuleiten hat, ist jedenfalls unter diesem Gesichtspunkt überflüssig [3]. Legt der Personalrat die Angelegenheit vor, ist die Maßnahme gem. § 72 Abs. 5 bis zur Entscheidung der angerufenen Dienststelle auszusetzen.

Bei der übergeordneten Dienststelle wiederholt sich der oben dargestellte Entscheidungsprozeß unter Hinzuziehung der zuständigen Stufenvertretung (§ 72 Abs. 4, Satz 2). Auch hier ist nur die Personalvertretung als ganzes, nicht der Vorstand allein zur Entscheidung befugt [4].

---

1) Bei den Behörden der Mittelstufe ist dies der Bezirkspersonalrat, bei den obersten Dienstbehörden ein Hauptpersonalrat, vgl. § 53. Behörden, bei denen nur ein Gesamtpersonalrat gem. §§ 55/56 besteht, scheiden somit aus.
2) Der Dienststellenleiter kann die Angelegenheit ebenfalls der vorgesetzten Dienstbehörde vorlegen, vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 19. Für ihn besteht jedoch dazu im Normalfall keine Veranlassung, da er die Maßnahme durchführen kann, wenn der Personalrat nichts weiter unternimmt.
3) a.A. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 24 unter Verkennung des Gesetzestextes
4) vgl. hierzu S. 14 FN 2; besonders BVerwG ZBR 1971, 285; E 41, 30 = ZBR 1972, 381

Halten beide Seiten ihren Standpunkt aufrecht, die Dienststelle die Kündigung, der Personalrat die Einwendungen, haben beide dieses zu begründen, wie aus der entsprechenden Anwendung des § 72 Abs. 2, Satz 2; Abs. 3 folgt.

Bei einem dreistufigen Verwaltungsaufbau kann die Stufenvertretung im Fall der Nichteinigung gem. § 72 Abs. 4, Satz 1 die Angelegenheit binnen drei Arbeitstagen der obersten Dienstbehörde vorlegen, soweit auch bei dieser eine Stufenvertretung besteht [1]. Verzichtet die Stufenvertretung auf die Vorlage oder gibt sie die Einwendungen auf, ist das Mitwirkungsverfahren abgeschlossen. Legt sie jedoch vor, entscheidet die oberste Dienstbehörde nach Verhandlung mit der bei ihr bestehenden Stufenvertretung. Diese Entscheidung ist endgültig. Die Dienststelle ist dabei nicht an die Einwendungen der Personalvertretung gebunden [2]. Der Personalrat hat also im Rahmen der Mitwirkung nur die Möglichkeit, die endgültige Entscheidung der Verwaltung zu beeinflussen [3]. Darin liegt auch nach der Neufassung des Gesetzes der wesentliche Unterschied zur Mitbestimmung gem. § 69. Verbleibt hier die Letztentscheidung allein bei der Verwaltung, wird bei der Mitbestimmung die alleinige Entscheidungsbefugnis der Dienststelle durch das Erfordernis der Zustimmung des Personalrats und die Einschaltung

---

1) Darin liegt die wesentliche Erweiterung des Mitwirkungsverfahrens. War bislang gem. § 61 PersVG '55 die Vorlage nur an die "nächsthöhere Dienststelle" - zweistufiges Verfahren - möglich, ist nunmehr durch die Vorlage bei "den übergeordneten Dienststellen" das Mitwirkungsverfahren in der Regel dreistufig ausgestaltet.

2) h.M.; vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 22

3) allg. M.; vgl. BAG E 4, 51; BVerwG E 13, 291; BezVG Koblenz ZBR 1960, 131(132); Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 1; Hecker PersV 1975, 130(135); Windscheid PersV 1971, 49

der Einigungsstelle beschränkt [1].

Bei einer Kündigung trotz bestehender Einwendungen auch nach dem Mitwirkungsverfahren ist der Dienststellenleiter lediglich gehalten, dem betroffenen Arbeitnehmer eine Abschrift der Stellungnahme des Personalrats zuzuleiten, § 79 Abs. 1, Satz 4. Dem Arbeitnehmer soll damit eine bessere Position für eine eventuelle Kündigungsschutzklage eingeräumt werden, vgl. § 1 Abs. 2, Satz 2, Nr. 2 KSchG [2].

§ 5 Die Einwendungen des Personalrats

Der Personalrat kann im Rahmen der Mitwirkung gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 gegen eine Kündigung Einwendungen erheben, die das weitere Mitwirkungsverfahren gem. § 72 Abs. 3-6 auslösen [3]. Neben dem weiteren Mitwirkungsverfahren haben die Einwendungen des Personalrats individualrechtliche Bedeutung für den Kündigungsschutzprozeß [4] und führen zu einem Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 79 Abs. 2, Satz 1 [5].

I. Die Voraussetzungen wirksamer Einwendungen

Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 sind nur bei der ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber möglich.

---

1) vgl. BAG NJW 1956, 844; BVerwG E 13, 291; Ambrosius-Fischer § 53, Anm. 10; Hecker PersV 1975, 130(135); Heilemann-Czyborra § 62, Erl. 2; Rengier S. 180; Selge § 61, Anm. 1

2) Darin und in dem Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 79 Abs. 2, Satz 1 liegt neben dem besonderen Mitwirkungsverfahren die wesentliche Bedeutung der Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3.

3) siehe oben S. 20 ff

4) siehe § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG

5) zum Weiterbeschäftigungsanspruch vergleiche besonders Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 289 ff; Böhm BB 1974, 1641 ff; Brauch S. 93 ff; Lepke DB 1975, 498 ff; Löwisch DB 1975, 349 (352 ff); Weber BB 1974, 688 ff

In § 102 Abs. 3 BetrVG ist diese Voraussetzung für einen Widerspruch ausdrücklich genannt. Eine entsprechend klare Aussage fehlt in § 79. Daraus ergibt sich jedoch kein Unterschied zum BetrVG. Dies folgt daraus, daß von Einwendungen in § 79 Abs. 1 nur im Zusammenhang mit der ordentlichen Kündigung die Rede ist, während in § 79 Abs. 3 bei der außerordentlichen Kündigung nur die Mitteilung von Bedenken vorgesehen ist.
Der Personalrat kann Einwendungen wirksam nur innerhalb der Frist von sieben Arbeitstagen gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 vorbringen. Da die Zustimmung zu einer Kündigung nicht erforderlich ist, hat die Billigungsfiktion bei Nichtäußerung gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 ebenso wie die Zustimmungsfiktion gem. § 102 Abs. 2, Satz 2 BetrVG nur die Bedeutung, daß nach Fristablauf keine Einwendungen mehr geltend gemacht werden können [1].
Einwendungen im Sinne des Gesetzes liegen nur dann vor, wenn der Personalrat sich zumindest auf einen der in § 79 Abs. 1, Satz 3 abschließend aufgezählten Gesichtspunkte beruft [2]. Das sind im einzelnen [3]:

1. Mangelnde soziale Auswahl
2. Verstoß gegen Kündigungsrichtlinien gem. § 76 Abs. 2, Nr. 8
3. Versetzungsmöglichkeit innerhalb der Dienststelle oder zu einer anderen Dienststelle an demselben Dienstort
4. Weiterbeschäftigung nach Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen

---

1) vgl. Brauch S. 81; Schlochauer RdA 1973, 157(158)
2) vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 79, Anm. 5; Dietz-Richardi § 102, Anm. 54 und 76; Meisel S. 153; Schlochauer RdA 1973, 157(158 f); Brauch S. 82; soweit Hoechst AuR 1973, 328(331) es ausreichen läßt, daß der Betriebsrat einen Widerspruch mit anderer Begründung erhebt, werden damit die Grenzen zwischen Widerspruch und Bedenken entgegen der eindeutigen gesetzlichen Regelung völlig verwischt.
3) Der Katalog in § 79 Abs. 1, Satz 3 entspricht inhaltlich § 102 Abs. 3, Nr. 1 bis 5 BetrVG.

5. Weiterbeschäftigung zu geänderten Vertragsbedingungen bei Einverständnis des Arbeitnehmers

Es reicht nicht aus, wenn der Personalrat sich auf den Wortlaut einer der Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 beruft. Die Einwendungen sind vielmehr gem. § 72 Abs. 2, Satz 2 zu begründen [1]. Der Personalrat muß daher neben dem abstrakten Wortlaut der Einwendungen Umstände und Tatsachen angeben, die den jeweiligen Tatbestand der Einwendung ausfüllen [2]. Nur dann kann die Stellungnahme des Personalrats den Zweck erfüllen, den Arbeitgeber von seiner Kündigungsabsicht abzubringen und den Arbeitnehmer wirksam in einem eventuellen Kündigungsschutzverfahren zu unterstützen (siehe § 79 Abs. 1, Satz 4). Anders als § 102 Abs. 2, Satz 1; Abs. 3 BetrVG schreibt das Gesetz hier nicht vor, daß Einwendungen schriftlich erhoben werden müssen [3], auch wenn es sich aus Gründen der Klarheit und Sicherheit empfehlen dürfte.

II. Die Bedeutung der Einwendungen

Liegen frist- und ordnungsgemäß erhobene Einwendungen vor, kann der Arbeitgeber die Kündigung nach Durchführung des Mitwirkungsverfahrens gleichwohl wirksam aussprechen [4]. Rechtlich zwingende Folgen haben Einwendungen daher allein im individualrechtlichen Bereich.

---

1) siehe dazu oben S. 19/20
2) h.M.; vgl. Meisel DB 1972, 1627(1631); Schlochauer RdA 1973, 157(159); Brauch S. 83; Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 11; der abweichenden Meinung von Hoechst AuR 1973, 328(329 ff) kann auch hier nicht gefolgt werden; sein Argument, daß der Widerspruch ausschließlich Rechtswirkungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer entfalte und im Kündigungsschutzprozeß überprüft werde, vermag über Rechte und Pflichten des Betriebsrats im Beteiligungsverfahren nichts auszusagen; wie Hoechst auch Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 79, Anm. 6, allerdings ohne Begründung
3) siehe oben S. 20
4) siehe oben S. 22

Um aber Bedeutung im Kündigungsschutzverfahren zu erlangen und einen Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 79 Abs. 2, Satz 1 auslösen zu können [1], muß der Arbeitnehmer gem. § 4 KSchG binnen drei Wochen Klage auf Feststellung erheben, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Da die Kündigungsschutzklage nur Arbeitnehmern möglich ist, die überhaupt unter das Kündigungsschutzgesetz fallen, treffen auch nur sie die individualrechtlichen Folgen der Einwendungen [2]. Liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 KSchG nicht vor, haben Einwendungen des Personalrats für diesen Personenkreis insoweit nur die Bedeutung von Bedenken [3].

III. Der Widerruf von Einwendungen

Fraglich ist, ob der Personalrat dem Arbeitgeber mitgeteilte Einwendungen zurücknehmen kann.
Erklärt der Personalrat gegenüber dem Dienststellenleiter seine Zustimmung oder äußert er lediglich Bedenken, ist das Mitwirkungsverfahren mit Zugang der Stellungnahme beendet. Der Dienststellenleiter kann die Kündigung aussprechen. Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich

---

1) Die Verbindung von Weiterbeschäftigungsanspruch und Einwendungen des Personalrats folgt aus der Verweisung in § 79 Abs. 2, Satz 1 auf § 79 Abs. 1, Satz 4, in dem es heißt: "Wird dem Arbeitnehmer gekündigt, obwohl der Personalrat nach Satz 3 Einwendungen erhoben hat, ---". Dies wird durch die ausdrückliche Regelung in § 102 Abs. 5, Satz 1 BetrVG bestätigt.

2) vgl. Dietz-Richardi § 102, Anm. 98; Hueck Einl. V, h 5 (S. 43); Meisel S. 170/171; Schlochauer RdA 1973, 157 (163)

3) Nicht richtig erscheint die Aussage von Bitzer PersV 1975, 121(124), selbst an sich begründete Einwendungen seien für diesen Personenkreis ohne Bedeutung; zum einen ergibt sich für den Arbeitgeber, daß der Personalrat die Kündigung aus bestimmten Gründen ablehnt, die er in seine Überlegungen mit einbeziehen wird, zum anderen führen Einwendungen auch bei diesem Personenkreis zum weiteren Mitwirkungsverfahren gem. § 72 Abs. 3 bis 6; siehe dazu oben S. 19 ff

ersichtlich um eine abschließende Stellungnahme des Personalrats handelt, dieser also keine weitere Erörterung mehr wünscht [1]. Die Wirkung der Beendigung des Mitwirkungsverfahrens bedingt, daß es ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung nicht allein Sache des Personalrats sein kann, durch einseitigen Widerruf seiner Stellungnahme seine Beteiligung erneut in Frage zu stellen. Eine Änderung der Erklärung des Personalrats ist damit ausgeschlossen [2].

Anders ist die Rechtslage bei der Erhebung von Einwendungen, die das weitere Mitwirkungsverfahren gem. § 72 Abs. 3 bis 6 auslösen [3]. Hier ist das Beteiligungsverfahren mit der Stellungnahme des Personalrats nicht abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber sich die Einwendungen des Personalrats nicht zu eigen macht [4]. Ob der Personalrat im Laufe des Mitwirkungsverfahrens von den Einwendungen Abstand nimmt bzw. die Anrufung der höheren Dienststelle unterläßt und so das Verfahren unter Aufgabe der Einwendungen beendet, verbleibt allein seiner Entscheidung.

---

1) vgl. BAG DB 1976, 2184 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14; BAG BB 1976, 884 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 23

2) Die grundsätzliche Bindung des Personalrats an den dem Arbeitgeber mitgeteilten Beschluß entspricht der h.M., vgl. Engelhard-Ballerstedt § 44, Anm. 11; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 37, Anm. 16; Havers § 33, Erl. 6; für das BetrVG vgl. Brecht § 33, Anm. 13; Dietz-Richardi § 33, Anm. 22; Fitting-Auffarth-Kaiser § 33, Anm. 29; GK-Wiese § 33, Anm. 19; Stege-Weinspach S. 106. Der abweichenden Auffassung von Meisel DB 1972, 1627 (1630), der die spätere Umwandlung in einen Widerspruch zulassen will, kann nicht gefolgt werden, da die Äußerungen des Personalrats wie des Betriebsrats außerhalb des Beteiligungsverfahrens keine Bedeutung erlangen können.

3) siehe oben S. 19 ff

4) Entspricht der Arbeitgeber den Einwendungen, kommt einem Widerruf jedenfalls keine Bedeutung für die Kündigung zu. Soweit ein Widerruf Wirkung für das Zustimmungserfordernis zu den möglicherweise mitbestimmungsbedürftigen Maßnahmen - siehe § 75 Abs. 1, Nr. 2 und 3; Abs. 2, Nr. 7 - erlangen könnte, greift gleichfalls der Grundsatz der Bindung an dem Arbeitgeber mitgeteilte Beschlüsse ein.

Ist das Mitwirkungsverfahren aber unter Aufrechterhaltung der Einwendungen voll durchgeführt worden, bindet diese Entscheidung den Personalrat gegenüber der Dienststelle. Ein wirksamer Widerruf ist nicht möglich [1]. Erfolgt der Widerruf der Einwendungen nach Ausspruch der Kündigung, ergibt sich das schon daraus, daß der Arbeitnehmer mit der Kündigung trotz bestehender Einwendungen eine vorteilhafte Rechtsposition erreicht hat, indem es nunmehr allein bei ihm liegt, mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage die Voraussetzungen für den Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 79 Abs. 2, Satz 1 zu schaffen [2]. Doch auch vor Ausspruch der Kündigung ist kein Grund ersichtlich, die grundsätzliche Bindung des Personalrats an den einmal mitgeteilten Beschluß ausgerechnet bei den Einwendungen aufzugeben [3]. Es ist zwar richtig, daß die individualrechtlichen Folgen erst mit Ausspruch der Kündigung eintreten können. Die Erklärung des Personalrats richtet sich aber nicht an den Arbeitnehmer, sondern im Rahmen des Beteiligungsverfahrens an den Arbeitgeber. Da das Gesetz diesem gegenüber keine Widerrufsmöglichkeit vorsieht, kann ein Widerruf

---

1) vgl. Schlochauer RdA 1973, 157(160); a.A. - jederzeitiger Widerruf - Bleistein § 102, Anm. 246; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 59; Stahlhacke Rdnr. 147; ders. BlStSozArbR 1972, 67(75); Brede BlStSozArbR 1973, 17(19); auch Stege-Weinspach S. 413, obwohl an anderer Stelle von der Bindung des Betriebsrats an einmal mitgeteilte Beschlüsse ausgegangen wird - siehe ders. S. 106

2) so auch Brauch S. 86/87; Meisel S. 175/176; ders. DB 1972, 1627(1630/1631); 1675(1677 FN 61); wohl auch Gnade-Kehrmann-Schneider § 102, Anm. 22

3) Das nehmen aber die Autoren zu FN 2 an, obwohl sie teilweise die Bindung des Betriebsrats an dem Arbeitgeber mitgeteilte Beschlüsse grundsätzlich bejahen, siehe besonders Brauch S. 86/87; Dietz-Richardi § 33, Anm. 22. Wenn nach Dietz-Richardi § 102, Anm. 79, 97 der Widerruf zulässig ist, ohne aber individualrechtliche Folgen auszulösen, ist nicht einzusehen, welchen Sinn dann der Widerruf haben soll.

auch hier nicht zugelassen werden [1].

IV. Der Inhalt der Einwendungen

Der Personalrat kann gem. § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 1 zunächst darauf verweisen, daß bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt worden sind [2]. § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 1 entspricht § 1 Abs. 3, Satz 1 KSchG, gestaltet den dort genannten Grund für die Sozialwidrigkeit einer Kündigung jedoch zu einem Einwendungsgrund aus. Der bei § 1 Abs. 3, Satz 1 KSchG ausdrücklich ausgesprochene Bezug zu einer Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen ergibt sich bei § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 1 begrifflich daraus, daß eine Auswahl nur bei betriebsbedingten Kündigungen möglich ist. Die Bedeutung dieser Einwendung liegt neben der Erleichterung der Beweislast gem. § 1 Abs. 3, Satz 3 KSchG durch die Mitteilung der Einwendung an den Arbeitnehmer gem. § 79 Abs. 1, Satz 4 im wesentlichen in dem damit verbundenen Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 79 Abs. 2, Satz 1.

Nach § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 2 hat der Personalrat ein Einwendungsrecht, wenn die Kündigung gegen eine Richtlinie im Sinne des § 76 Abs. 2, Nr. 8 verstößt. Nach dieser Vorschrift können, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, gegebenenfalls durch Abschluß einer Dienstvereinbarung gem. § 73 Richtlinien über die personelle Auswahl u.a. auch bei Kündigungen erlassen werden, die der Mitbestimmung des Personalrats

---

1) Der Arbeitgeber kann die Rechtsfolge des Weiterbeschäftigungsanspruchs demnach nur durch einstweilige Verfügung des Arbeitsgerichts unter den Voraussetzungen des § 79 Abs. 2, Satz 1 erreichen. Ist die Kündigung noch nicht ausgesprochen, besteht allerdings über den Weg einer erneuten Beteiligung des Personalrats die Möglichkeit, von diesem eine anders lautende Stellungnahme zu erhalten.

2) vgl. zu den Auswahlkriterien Hueck § 1, Anm. 116 ff; Maus § 1, Anm. 226 ff; Meisel S. 157 ff

unterliegen [1]. Das Gesetz legt nicht im einzelnen fest, was unter solchen Richtlinien zu verstehen ist. Entsprechend § 95 Abs. 2, Satz 1 BetrVG geht es jedoch auch hier um bei einer Kündigung zu beachtende fachliche und persönliche Voraussetzungen sowie soziale Gesichtspunkte, wobei letztere im Vordergrund stehen werden. Da die Richtlinien sich wie in § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 1 ausdrücklich auf die personelle Auswahl beziehen, kommt auch § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 2 nur bei betriebsbedingten Kündigungen in Betracht [2]. Bei personen- oder verhaltensbedingten Kündigungen ist eine Auswahl nicht möglich [3]. Gleichzeitig folgt aus dem Begriff der Auswahl, daß die Frage, wann ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung vorliegt, nicht Inhalt der Richtlinien gem. § 76 Abs. 2, Nr. 8 sein kann [4], sondern allein der Nachprüfung durch das Arbeitsgericht unterliegt. Da der Arbeitgeber aber seinerseits zur Berücksichtigung der sozialen Gesichtspunkte bereits über § 1 Abs. 2, Satz 1 und Abs. 3, Satz 1 KSchG verpflichtet ist und bei einem Verstoß das Einwendungsrecht gem. § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 1 eingreift, ist fraglich, welche Bedeutung den Auswahlrichtlinien überhaupt zukommen

---

1) Der Erlaß derartiger Richtlinien ist durch den Personalrat nicht erzwingbar. Das gilt auch für § 95 Abs. 1 BetrVG; eine Ausnahme besteht gem. § 95 Abs. 2 BetrVG bei Betrieben mit über 1000 Arbeitnehmern, in denen der Betriebsrat die Aufstellung derartiger Richtlinien verlangen kann.

2) vgl. Brauch S. 84; Brecht § 95, Anm. 2; Brede BlStSoz ArbR 1973, 17(18); Gumpert BB 1972, 47(49); Hueck § 1, Anm. 137; Meisel DB 1972, 1675; ders. S. 160; Müller S. 103; Schlochauer RdA 1973, 157(158); Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 67(70); Maus § 1, Anm. 258; Stege-Weinspach S. 287

3) a.A. Dietz-Richardi § 102, Anm. 87 und § 95, Anm. 41, der aber auch zu dem Ergebnis kommt, daß die Richtlinien praktische Bedeutung nur bei betriebsbedingten Kündigungen erlangen, siehe § 95, Anm. 43

4) vgl. Brauch S. 84; Gumpert BB 1972, 47(49); Maus § 1, Anm. 258;
a.A. Dietz-Richardi § 102, Anm. 87, 119; wohl auch Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 41

kann. Es ist allgemein anerkannt, daß über Auswahlrichtlinien nicht bestimmte soziale Gesichtspunkte bei der Abwägung außer Acht gelassen werden dürfen, da der - wenn auch unbestimmte - Rechtsbegriff der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Belange nicht der Disposition von Arbeitgeber und Personalrat unterliegt [1] und es letztlich für den Kündigungsschutz nicht auf die inhaltliche Ausgestaltung der Auswahlrichtlinien ankommen kann [2]. Da die Richtlinien die umfassende Berücksichtigung aller sozialen Gesichtspunkte zulassen müssen, können sie andererseits über die Regelung in § 1 KSchG und die von der Rechtsprechung dazu entwickelten Grundsätze auch nicht hinausgehen [3]. Die Rechtsprechung des BAG hat insbesondere immer angenommen, daß bei der Abwägung sozialer Gesichtspunkte alle Umstände gleichermaßen in Betracht zu ziehen sind, ohne daß grundsätzlich eine besondere Gewichtung vorgegeben ist [4]. Von daher erscheint es nicht zulässig, die einzelnen Kriterien in den Richtlinien für die konkrete Einzelfallentscheidung generell in ein bestimmtes Wertungssystem zu zwängen [5], da damit die ausreichende Berücksichtigung aller Gesichtspunkte im Einzelfall nicht gewährleistet werden kann [6]. Wenn über Auswahlrichtlinien die Regelung des § 1 Abs. 2, Satz 1 und Abs. 3 KSchG aber nicht verändert werden kann, bleibt als Sinn der Richtlinien

---

1) vgl. Brauch S. 84/85; Brede BlStSozArbR 1973, 17(18); Gift ZfA 1974, 123(139); Gumpert BB 1972, 47(49); Hueck § 1, Anm. 136; Meisel DB 1972, 1675; Wagener BB 1972, 1373
2) vgl. Dietz-Richardi § 102, Anm. 119; Hueck § 1, Anm. 75; siehe auch BAG BB 1976, 883
3) vgl. Meisel DB 1972, 1675; Hueck § 1, Anm. 136 mwN
4) vgl. BAG AP Nr. 7 und 14 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung
5) so aber Fitting-Auffarth-Kaiser § 95, Anm. 7 unter b); Müller S. 157;
dagegen auch Gift ZfA 1974, 123(141); wohl auch Gumpert BB 1972, 47(49)
6) vgl. die Beispiele bei Gumpert BB 1972, 47(49)

nur eine klarstellende Funktion durch die Offenlegung der Kriterien, zu denen sich der Arbeitgeber dem Personalrat gegenüber äußern muß, um so dem Personalrat eine frühzeitige Meinungsbildung zu erlauben und ihn dabei zu unterstützen [1]. Den Richtlinien kann daher nur eine gewisse Indizwirkung bei der Beurteilung der Kündigung zukommen.

Auch die Einwendungen nach § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 3 bis 5 waren ihrem Inhalt nach schon nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG im Rahmen der Betriebsbedingtheit einer Kündigung zu überprüfen [2].
Besondere Erwähnung verdient § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 3, der einen Einwendungsgrund - weiter als die bisherige Rechtsprechung zum KSchG [3] - selbst dann gibt, wenn der Arbeitnehmer in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweiges an demselben Dienstort weiter beschäftigt werden kann. Mit der Beschränkung auf denselben Dienstort ist der Nachprüfungsmöglichkeit des Personalrats Rechnung getragen [4].

Bei Nr. 3 bis 5 ist anders als bei Nr. 1 und 2 wesentliche Voraussetzung, daß ein Arbeitsplatz, auf dem der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden soll, tatsächlich

---

1) Im Kollisionsfall geht § 1 Abs. 3 KSchG als zwingende gesetzliche Regelung vor, allg. M.; vgl. Dietz-Richardi § 95, Anm. 42 und § 102, Anm. 119; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 43; Fitting-Auffarth-Kaiser § 95, Anm. 7 unter b); Gnade-Kehrmann-Schneider § 95, Anm. 7; Gumpert BB 1972, 47(50); Meisel DB 1972, 1675; Richardi ZfA 1972, Sonderheft S. 30/31; Stege-Weinspach S. 359

2) vgl. BAG DB 1973, 2534(2535); Gumpert BB 1972, 47(50); Kitzelmann AuR 1973, 302(303); Meisel DB 1972, 1675; ders. S. 161; Wagener BB 1972, 1373(1374)

3) Auch § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG spricht nur von der Weiterbeschäftigung "in diesem Betrieb", dem der Begriff der Dienststelle gleichzusetzen ist.

4) Weitergehend wohl § 102 Abs. 3, Nr. 3 BetrVG, der von einem anderen Betrieb des Unternehmens ohne örtliche Beschränkung spricht, womit jedoch der Betriebsrat in der Regel überfordert sein dürfte.

frei ist [1]. Der Personalrat kann sich daher nicht damit begnügen, die Einwendung zu erheben, sondern er muß einen tatsächlich freien Arbeitsplatz angeben [2].

Das Einverständnis des Arbeitnehmers ist gem. § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 5 ausdrücklich Voraussetzung für die Einwendung der Weiterbeschäftigung unter geänderten Vertragsbedingungen [3]. Da hier der Arbeitgeber durch das Änderungsangebot seitens des Arbeitnehmers von der Kündigung abgehalten werden soll, muß das Einverständnis - anders als bei der Änderungskündigung seitens des Arbeitgebers [4] - ohne Vorbehalt erklärt werden, da nur dann für den Arbeitgeber eine eindeutige Sach- und Rechtslage besteht [5].

Bei § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 3 und 4 ist vom Gesetz her das vorherige Einverständnis des Arbeitnehmers keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die entsprechende Einwendung. Die Regelung erscheint wenig sinnvoll, da sowohl bei der Versetzung wie auch bei Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen der endgültige Erfolg der Maßnahme letztlich vom Arbeitnehmer abhängt, auch wenn der Arbeitgeber sie schon kraft Direktionsrechts anordnen kann. Ob mit dieser Begründung über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auch bei Nr. 3 und 4 das Einverständnis

---

1) vgl. Dietz-Richardi § 102, Anm. 90; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 46; Hueck § 1, Anm. 142; Meisel DB 1972, 1675; Stahlhacke Rdnr. 138

2) In Ausnahmefällen kann hier die Weiterbeschäftigung nach Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen wie auch unter geänderten Vertragsbedingungen auch am alten, entsprechend geänderten Arbeitsplatz in Frage kommen, vgl. Hueck § 1, Anm. 142; zur Weiterbeschäftigung am alten Arbeitsplatz vgl. auch Müller S. 97 ff.

3) Mit dem Wortlaut unvereinbar ist die Auffassung von Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 79, Anm. 13, bei fehlendem Einverständnis könne der Personalrat erst recht widersprechen.

4) siehe oben S. 35 ff

5) vgl. Brauch S. 85; Meisel DB 1972, 1675(1676); ders. S. 166; Stahlhacke Rdnr. 145(S. 92);
a.A. Hueck § 1, Anm. 145; Dietz-Richardi § 102, Anm. 93

des Arbeitnehmers zu fordern ist [1], bleibt gleichwohl zweifelhaft. Da der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung zu diesen Gesichtspunkten verbindlich befragen kann, dürfte seinen Belangen hinreichend Rechnung getragen sein. Lehnt der Arbeitnehmer ab, ist bei der daraufhin ausgesprochenen Kündigung die Einwendung sachlich unbegründet; der Arbeitgeber kann durch einstweilige Verfügung gem. § 79 Abs. 2, Satz 2 von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung befreit werden [2]. Im Kündigungsschutzprozeß ist der Arbeitnehmer mit dieser Begründung für die soziale Unwirksamkeit der Kündigung ausgeschlossen, da dann das Verbot widersprüchlichen Verhaltens eingreift.

Die Fälle des § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 3 bis 5 beziehen sich neben der betriebsbedingten auch auf die personenbedingte Kündigung, da sie weder dem Inhalt noch dem Wortlaut nach auf betriebsbedingte Kündigungen beschränkt sind, wenn auch ihr Schwerpunkt bei letzteren liegen dürfte [3]. Soweit diese Einwendungen ausnahmsweise auch für verhaltensbedingte Kündigungen zugelassen werden [4], zeigt insbesondere das vielfach genannte Beispiel der unverschuldeten Schlechtleistung des Arbeitnehmers, daß es sich um Fälle handelt, die sich eher als personenbedingte Kündigungen einordnen lassen.

---

1) so Brauch S. 85; Meisel DB 1972, 1675(1676); ders. S. 163; Stahlhacke Rdnr. 145; Stege-Weinspach S. 361
2) vgl. auch Dietz-Richardi § 102, Anm. 93; Hueck § 1, Anm. 146
3) vgl. Brauch S. 85; Dietz-Richardi § 102, Anm. 87, 89; Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 14 a; Gumpert BB 1972, 47(50); Hueck § 1, Anm. 78, 141; Meisel S. 161; Stahlhacke Rdnr. 145; Wagener BB 1972, 1373(1374); enger bei personenbedingten Kündigungen Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 45; Schlochauer RdA 1973, 157(158)
4) vgl. Dietz-Richardi § 102, Anm. 89; Hueck § 1, Anm. 78; Müller S. 112 ff; Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 67(74)

§ 6 Die Beteiligung des Personalrats bei der Änderungskündigung

I. Der Begriff der Änderungskündigung

Eine Kündigung ist nicht nur in der Form der Entlassungskündigung möglich. Kann der betroffene Arbeitnehmer am gleichen Arbeitsplatz oder zu den gleichen Bedingungen nicht mehr weiterbeschäftigt werden, wird die Dienststelle in vielen Fällen ein Interesse daran haben, den Arbeitnehmer anderweitig und/oder zu anderen Arbeitsbedingungen einzusetzen. Ergibt sich insoweit keine Bestimmungsbefugnis des Dienststellenleiters aus dem Arbeitsvertrag gem. § 315 BGB ("Direktionsrecht") und kann der Dienststellenleiter auch kein gegenseitiges Einvernehmen erreichen [1], bleibt ihm nur die Möglichkeit der Änderungskündigung [2]. Der Dienststellenleiter wird in diesen Fällen entweder die Kündigung unter der Bedingung aussprechen, daß der Arbeitnehmer auf die Änderung des Arbeitsvertrages nicht eingeht [3], oder aber die unbedingte Kündigung mit dem Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen verbinden. Letzteres entspricht der Formulierung in § 2, Satz 1 KSchG und dürfte von daher der Klarheit wegen vorzuziehen sein [4]. Der Arbeitnehmer kann das Angebot annehmen, ablehnen oder gem. § 2, Satz 1 KSchG unter dem Vorbehalt annehmen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist.

---

1) vgl. dazu Meisel BB 1973, 944; Richardi DB 1974, 1285; Hueck § 2, Anm. 4

2) Die Änderungskündigung ist ebenfalls als - wenn auch praktisch seltene - außerordentliche Kündigung möglich; vgl. BAG BB 1973, 1212; Hueck-Nipperdey Bd. I, S. 550, Anm. 33 a; Gumpert AuR 1974, 97(104)

3) Es liegt eine zulässige Potestativbedingung vor, da deren Eintritt allein vom Willen des Arbeitnehmers abhängig ist, vgl. Hueck-Nipperdey Bd. I, S. 549

4) für die Zulässigkeit beider Formen auch Adomeit DB 1969, 2179; Meisel BB 1973, 944; Richardi DB 1974, 1285; Hueck § 2, Anm. 3

Nimmt der Arbeitnehmer das Angebot unter dem Druck der Kündigung an, steht der Weiterbeschäftigung zu den geänderten Bedingungen individualrechtlich nichts mehr im Wege. Bei Ablehnung greift die Kündigung ein; in einem eventuell folgenden Kündigungsschutzprozeß stellt sich allein die Frage nach der Wirksamkeit der Kündigung; unterliegt der Arbeitnehmer, verliert er seinen Arbeitsplatz. Wird jedoch innerhalb der Kündigungsfrist die Annahme unter Vorbehalt gem. § 2, Satz 1 KSchG erklärt, ist die Kündigung selbst hinfällig, da die Bedingung der Ablehnung des Arbeitnehmers nicht vorliegt [1]. Der Arbeitnehmer muß dann gem. § 4, Satz 2 KSchG binnen drei Wochen nach Zugang der Änderungskündigung auf Feststellung klagen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt ist. Bei Versäumnis der Klagefrist entfällt der Vorbehalt gem. § 7 KSchG. Gewinnt der Arbeitnehmer den Prozeß, bleibt ihm der alte Arbeitsplatz erhalten (§ 8 KSchG); siegt der Arbeitgeber, so gelten von dem Zeitpunkt an, zu dem die Kündigung wirksam geworden wäre, die neuen Arbeitsbedingungen [2].

II. Die Beteiligung des Personalrats

Eine Entlassungskündigung erfordert zu ihrer Wirksamkeit die Mitwirkung des Personalrats gem. §§ 72, 79 [3]. Eine Änderungskündigung bezieht sich in der Regel neben der Kündigung auf eine Versetzung bzw. Umsetzung [4] und - damit verbunden oder auch selbständig - eine Umgruppierung. Derartige Maßnahmen unterliegen, soweit sie einverständlich oder kraft Direktionsrechts vorgenommen werden sollen, der Mitbestimmung des Personalrats gem. § 69 iVm

---

1) vgl. Richardi ZfA 1971, 73(112)
2) vgl. dazu im einzelnen Hueck § 2, Anm. 16 ff; Maus § 2, Anm. 10 ff
3) entsprechend der Anhörung gem. § 102 BetrVG
4) zur Umsetzung vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 75, Anm. 21; Dietz-Richardi § 99, Anm. 36

§ 75 Abs. 1, Nr. 2 und 3 [1]. Bei der Änderungskündigung, die im Ergebnis sowohl zur Kündigung wie zu einer Vertragsänderung führen kann, ergibt sich daher die Frage, in welcher Form der Personalrat zu beteiligen ist.

Dazu vertritt Kallmeyer [2] für das BetrVG die Ansicht, daß bei einer Änderungskündigung, sofern es um eine Versetzung oder Umgruppierung geht, allein die Beteiligung nach § 99 BetrVG eingreife. § 102 BetrVG, insbesondere § 102 Abs. 3, Nr. 3 bis 5, sei nur auf personelle Einzelmaßnahmen zugeschnitten, die auf eine Beendigung der Beschäftigung zielten. Die Änderungskündigung ziele jedoch "in jedem Fall nicht auf eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf eine Änderung der Bedingungen". Diese Argumentation erscheint nicht haltbar. Ausgangspunkt der Überlegungen des Arbeitgebers ist zwar im allgemeinen, den Arbeitnehmer zu veränderten Bedingungen weiter zu beschäftigen. Daneben steht aber klar der Wille, widrigenfalls das Arbeitsverhältnis zu beenden. Bei einer Beteiligung nur nach § 99 BetrVG bleibt dieser Aspekt völlig unberücksichtigt [3]. Die Folge wäre, daß die gegen eine Kündigung sprechenden Gesichtspunkte gar nicht behandelt würden. Bei Ablehnung der Änderung durch den Arbeitnehmer könnte auf keinen Fall ein Weiterbeschäftigungsanspruch gegeben sein. Das ist sicher nicht interessengerecht, selbst wenn man Kallmeyer darin folgt, daß das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers bei einer Änderungskündigung geringer sei als bei einer Entlassungskündigung [4]. Eine andere Frage ist, inwieweit die Widerspruchsmöglichkeit gem. § 102 Abs. 3, Nr. 3 bis 5 BetrVG - entsprechend den Einwen-

---

1) Für das BetrVG gilt § 99 BetrVG; danach sind Versetzungen und Umsetzungen wie Umgruppierungen nur in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern mitbestimmungspflichtig.
2) Kallmeyer DB 1973, 970/971
3) vgl. auch Richardi DB 1974, 1335/1336
4) Kallmeyer DB 1973, 970

dungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 3 bis 5 - auf Grund der Eigenart der Änderungskündigung eventuell eingeschränkt ist. Die Anwendung der kündigungsbezogenen Beteiligungsvorschriften läßt sich damit jedenfalls nicht allgemein ablehnen. Im Bereich des BetrVG kommt hinzu, daß in Betrieben unter zwanzig Arbeitnehmern auch § 99 BetrVG nicht anwendbar ist und daher jede Beteiligung entfiele [1]. Die Beteiligung des Betriebsrats gem. § 102 BetrVG wird somit durch § 99 BetrVG nicht ausgeschlossen. Die gleichen Erwägungen gelten für die Mitwirkung des Personalrats gem. §§ 79, 72 und die Mitbestimmung gem. §§ 69, 75.

Aber auch umgekehrt schließt die Mitwirkung bei der Änderungskündigung gem. §§ 79, 72 (entsprechend § 102 BetrVG) die Mitbestimmung gem. §§ 69, 75 (entsprechend § 99 BetrVG) nicht grundsätzlich aus [2]. Für das Mitbestimmungsrecht nach §§ 69, 75 ist unerheblich, ob eine Änderung der Arbeitsbedingungen kraft Direktionsrechts oder nur mit Zustimmung des Betroffenen erfolgen kann [3]. Die Vertretung der Arbeitnehmer handelt nicht nur als Interessenvertreter des Einzelnen, sondern auch und gerade zur Wahrung der kollektiven Belange, wobei besonders der Ausgleich unter den verschiedenen Gruppen von Bedeutung ist. Dieses Spannungsverhältnis besteht für die Arbeitnehmervertretung aber unabhängig davon,

---

1) Daher greift Hanau BB 1972, 451(455), der § 99 BetrVG als speziellere Regelung der Anwendung des § 102 BetrVG vorzieht, in diesen Fällen wieder auf § 102 BetrVG zurück.

2) So aber offenbar Rewolle DB 1973, 185, 186, der § 99 BetrVG nur anwenden will, wenn es sich um Versetzungen kraft Direktionsrechts ohne Schmälerung des Einkommens handelt.

3) vgl. Richardi DB 1974, 1335; Meisel BB 1973, 944 (945); auch Müller S. 79, 80; Fitting-Auffarth-Kaiser § 99, Anm. 10; Engelhard-Ballerstedt § 78, Anm. 56; BAG 17, 248; 18, 142(150); LAG Hamm DB 1973, 1407

wie der Arbeitgeber seine Vorstellungen individualrechtlich durchzusetzen vermag. Ist individualrechtlich eine Änderungskündigung notwendig, kann dadurch die Beteiligung gem. §§ 69, 75 nicht ausgeschaltet werden.

Auch der teilweise angeführte Gesichtspunkt der Spezialität [1] oder Subsidiarität führt nicht zum Vorrang einer der beiden Beteiligungsformen [2]. Die Beteiligung gem. §§ 72, 79 behandelt nur die Stellungnahme des Personalrats zur Frage der Kündigung. Es mag zwar sein, daß bei einer Beteiligung gem. §§ 69, 75 die Äußerung des Personalrats Rückschlüsse auf seine Meinung zur Kündigung zuläßt [3]. Das ist aber nicht notwendig der Fall [4]. Zudem sind weder der Katalog der Einwendungen in § 79 Abs. 1, Satz 3 und die Gründe für die Verweigerung der Zustimmung in § 77 Abs. 2 noch die Folgen für den Arbeitnehmer bei beiden Beteiligungsformen gleich. Insbesondere entfällt für den Arbeitnehmer bei einer Beteiligung nur nach §§ 69, 75 die Möglichkeit eines Weiterbeschäftigungsanspruchs, wenn er das Änderungsangebot ablehnt. Andererseits kann auch die Beteiligung gem. §§ 72, 79 nicht vorgehen, da es für §§ 69, 75 keine Rolle spielt, auf welcher Grundlage der Dienststellenleiter die Versetzung oder Umgruppierung vornehmen will [5].

Die bisherigen Überlegungen ergeben daher, daß dem besonderen Charakter der Änderungskündigung nur eine Beteiligung des Personalrats unter beiden Aspekten - Vertrags-

---

1) so Hanau BB 1972, 451(455)
2) vgl. Richardi DB 1974, 1335; Dietz-Richardi § 102, Anm. 74; Hueck § 2, Anm. 12
3) vgl. besonders Meisel BB 1973, 944(946); ders. S. 183, 112, 125 f
4) vgl. die Beispiele bei Müller S. 90
5) vgl. Nachweise FN 3, S. 38

änderung und Kündigung - gerecht zu werden vermag [1]. Nur so können bei der Behandlung der Änderungskündigung durch den Personalrat sämtliche Gesichtspunkte hinreichend berücksichtigt werden. Spricht der Dienststellenleiter nach der Durchführung des Beteiligungsverfahrens die Änderungskündigung aus, liegt es allein am Verhalten des Arbeitnehmers, welcher Teil der Änderungskündigung Bedeutung erlangt [2].

Aus dieser späteren Entscheidungsmöglichkeit des Arbeitnehmers wollen nun einige Autoren Folgen für die Form der Beteiligung des Personalrats dann ableiten, wenn sich der Arbeitnehmer schon bei seiner Anhörung durch den Personalrat gem. § 69 Abs. 2, Satz 6 iVm § 72 Abs. 2, Satz 3 (entsprechend § 102 Abs. 2, Satz 4 BetrVG) äußert, also bevor der Dienststellenleiter die Änderungskündigung ausgesprochen hat [3]. Nach dieser Auffassung stellt sich die Rechtslage folgendermaßen dar: Wird der Arbeitnehmer vom Personalrat vor dessen Stellungnahme gegenüber dem Dienststellenleiter gehört, ist eine von ihm abgegebene Erklärung für ihn bindend. Seine Entscheidung legt zugleich die Form der Beteiligung des Personalrats fest. Lehnt der Arbeitnehmer jede Änderung der Arbeitsbedingungen ab, geht es nunmehr um eine ordentliche Kündigung mit der Folge der Beteiligung gem. §§ 79, 72. Nimmt er vorbehaltlos oder unter Vorbehalt an, finden allein §§ 69, 75

---

1) so wohl auch die überwiegende Meinung; vgl. BAG E 17, 313; AP Nr. 2 zu § 61 PersVG '55; ArbG Minden DB 1973, 2251; Engelhard-Ballerstedt § 78, Anm. 56; Havers § 72, Erl. 18; Kaestl PersV 1961, 28(29); Fitting-Heyer-Lorenzen § 70, Anm. 14; Dietz § 70, Anm. 77; Richardi DB 1974, 1335(1336); Dietz-Richardi § 102, Anm. 74; Gnade-Kehrmann-Schneider § 95, Anm. 13; Schaub, Betriebsrat S. 227; Meisel S. 111, 125 f; ders. BB 1973, 944(945 f); Hanau BB 1972, 451(455); Hueck § 2, Anm. 12

2) siehe oben S. 35/36

3) vgl. Auffarth S. 71(75); Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 2 a; Müller S. 82 ff; wohl auch Maus § 2, Anm. 17, 18; Schlochauer RdA 1973, 157 ff

Anwendung, denn es steht nur noch die Vertragsänderung selbst im Streit.

Diese Meinung ist abzulehnen. Eine dem Dienststellenleiter gegenüber bindende Annahme eines Angebots durch den Arbeitnehmer [1] liegt schon deshalb nicht vor, weil die Mitteilung der Dienststelle von der beabsichtigten Änderungskündigung an den Personalrat kein Angebot an den Arbeitnehmer enthält. Auf Grund dieser Mitteilung soll der Personalrat vielmehr dazu Stellung nehmen, ob dem Arbeitnehmer überhaupt ein solches Angebot unterbreitet werden soll. Eine Bevollmächtigung des Personalrats zur Vermittlung eines Angebots des Dienststellenleiters an den Arbeitnehmer kann darin jedenfalls nicht gesehen werden [2]. Fehlt es an einem Angebot, kann der Personalrat mit seiner Stellungnahme an den Dienststellenleiter auch nicht gleichzeitig als Bote des Arbeitnehmers dessen ablehnende oder annehmende Erklärung überbringen, die damit nach Müller [3] unwiderruflich werden soll. Abgesehen davon wird der Erklärung des Arbeitnehmers gegenüber dem Personalrat bei dieser Konstruktion ein Inhalt unterschoben, der diesem kaum bewußt sein dürfte. Die Anhörung vor dem Personalrat dient aus der Sicht des Arbeitnehmers nur dazu, die bestmögliche Wahrnehmung seiner Belange gegenüber der Dienststelle zu gewährleisten. Den Arbeitnehmer aus dem Inhalt dieser Anhörung gegenüber der Dienststelle in die Pflicht nehmen zu wollen, widerspricht dieser Interessenlage. Der Arbeitnehmer weiß zu diesem Zeitpunkt weder, wie der Dienststellenleiter sich letztlich entscheidet, noch kennt er das Ergebnis der Beratungen des Personalrats. Es spricht nichts für die Annahme, daß in diesem Stadium der Entscheidungsfindung ausgerechnet der betroffene Arbeit-

---

1) so jedoch Müller S. 84, 85; dagegen auch Hueck § 2, Anm. 12
2) so Müller S. 83
3) Müller S. 88

nehmer bindende Erklärungen abgeben will. Entgegen Müller [1] stellt sich die Situation nicht so dar, wie wenn der Dienststellenleiter zunächst mit dem Arbeitnehmer über eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Vertragsbedingungen verhandelt hätte. Für diesen Fall ist richtig, daß sich der Dienststellenleiter je nach dem Ergebnis der Verhandlungen entweder für eine Versetzung oder eine Kündigung mit der jeweils entsprechenden Beteiligung des Personalrats entscheiden kann [2]. Führen die Verhandlungen jedoch zu keinem Ergebnis und legt der Dienststellenleiter nunmehr dem Personalrat eine Änderungskündigung zur Stellungnahme vor, geht es gerade nicht mehr um eine - weitere - Verhandlung des Dienststellenleiters mit dem Arbeitnehmer unter Einschaltung des Personalrats, sondern allein um die Beachtung der gesetzlichen Rechte der Personalvertretung. Daher kann der Erklärung des Arbeitnehmers vor dem Personalrat keine bindende Wirkung gegenüber dem Dienststellenleiter beigemessen werden.

Doch nicht nur dieser Gesichtspunkt spricht dafür, daß auch nach einer Erklärung des Arbeitnehmers vor dem Personalrat letzterem beide Aspekte der Änderungskündigung - Vertragsänderung wie Kündigung - zur Beschlußfassung vorliegen. Die gegenteilige Ansicht übersieht, daß dem Personalrat die Änderungskündigung von dem Dienststellenleiter zur Stellungnahme übermittelt worden ist. Damit ist ein personalvertretungsrechtliches Verfahren eingeleitet worden, in dem der Personalrat die Belange der Belegschaft wie die Interessen des betroffenen Arbeitnehmers wahrzunehmen hat. Dieses Verfahren bezieht sich bei der Änderungskündigung auf die Vertragsänderung

---

1) Müller S. 85

2) Für die Anwendung des § 2 KSchG ist dann allerdings kein Raum, da diese Vorschrift auf die besondere Situation der Änderungskündigung zugeschnitten ist, vgl. Richardi DB 1974, 1335; a.A. Müller S. 85

und die Kündigung. Hat die Dienststelle aber dem Personalrat verschiedene Fragen zur Stellungnahme vorgelegt, die - wenn sie auch bei der Änderungskündigung in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen - inhaltlich eine durchaus verschiedene Behandlung erfahren können und verfahrensrechtlich sogar müssen, geht es nicht an, auf Grund einer Erklärung des betroffenen Arbeitnehmers die Beteiligung des Personalrats entgegen dem Willen des Dienststellenleiters auf eine von mehreren möglichen Maßnahmen zu beschränken. Wollte der Dienststellenleiter eine Stellungnahme nur zur Kündigung oder nur zur Vertragsänderung, hätte er dies dem Personalrat auch mitgeteilt. Fordert er den Personalrat zur Beteiligung an einer Änderungskündigung auf, die vom Inhalt her beides umfaßt, muß sich der Personalrat binnen sieben Arbeitstagen im Hinblick auf alle damit verbundenen Fragen äußern, da ansonsten die Zustimmungsfiktion gem. §§ 69, Abs. 2, Satz 5, 72 Abs. 2, Satz 1 eingreift. Spätestens nach Ablauf von sieben Arbeitstagen [1] weiß der Dienststellenleiter damit hinsichtlich aller Aspekte der Änderungskündigung, ob er personalvertretungsrechtlich in der Durchführung frei ist oder ob er das weitere Mitwirkungsverfahren gem. § 72 im Hinblick auf die Kündigung [2] oder das weitere Mitbestimmungsverfahren gem. § 69 zur Einigung über die Frage der Vertragsänderung [3] durchführen muß, bei dem letztlich die Einigungsstelle gem. § 69 Abs. 4 iVm § 71 entscheidet. Möglicherweise verzichtet der Dienststellenleiter aber auch ganz darauf, eine Änderungskündigung auszusprechen und beschränkt sich

---

1) Gem. §§ 99 Abs. 3, Satz 2, 102 Abs. 2, Satz 2 BetrVG gilt eine Frist von einer Woche.
2) siehe oben S. 19 ff; im Bereich des BetrVG hat ein Widerspruch gem. § 102 BetrVG nicht diese Wirkungen, der Arbeitgeber kann gleichwohl die Kündigung sofort aussprechen
3) Gem. § 99 BetrVG muß der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung zu ersetzen. Ein Einigungsverfahren findet nicht statt.

je nach dem Inhalt des Personalratsbeschlusses auf ein Änderungsangebot oder aber auf die Kündigung. Diese Klarstellungsfunktion des Beteiligungsverfahrens ginge verloren, wenn allein durch die Erklärungen des Arbeitnehmers vor dem Personalrat die von der Dienststelle angeforderte Stellungnahme zur Änderungskündigung auf einen Teilaspekt begrenzt werden könnte.
Die Beschränkung führt zudem zu einer Verdopplung des Verfahrens für den Fall, daß der Dienststellenleiter den Teil der Änderungskündigung durchführen will, den der Personalrat nicht behandelt hat. So muß der Dienststellenleiter, nachdem auf Grund der Ablehnung der Vertragsänderung durch den Arbeitnehmer die Beteiligung des Personalrats nur gem. §§ 72, 79 erfolgt war, den Personalrat noch einmal gem. §§ 69, 75 einschalten, wenn er gleichwohl eine Änderungskündigung aussprechen will [1], da er annimmt, doch noch zu einer Einigung mit dem Arbeitnehmer zu kommen. Gleiches müßte für den Fall gelten, daß der Arbeitnehmer sich mit einer Vertragsänderung einverstanden erklärt, der Personalrat jedoch die Zustimmung gem. § 69 Abs. 1 verweigert - niemand ist der Ansicht, daß der Personalrat bei seiner Entscheidung durch die Erklärung des Arbeitnehmers eingeschränkt wird! - und der Dienststellenleiter nunmehr zur Vermeidung weiterer Auseinandersetzungen mit dem Personalrat kündigen will [2]. Da eine Beteiligung gem. §§ 72, 79 bislang nicht erfolgt ist, muß der Dienststellenleiter die Angelegenheit dem Personalrat erneut vorlegen, da er nur dann eine wirksame Kündigung aussprechen kann. Eine derartige Verdopplung des Verfahrens auf Grund einer Erklärung des betroffenen Arbeitnehmers würde eine

---

1) so Müller S. 87, der diese Änderungskündigung als "neues" (" " bei Müller) Angebot bezeichnet
2) Diese Frage entfällt dann, wenn durch die angeblich bindende Erklärung des Arbeitnehmers auch der Arbeitgeber gebunden würde, was aber soweit ersichtlich nicht vertreten wird.

unzumutbare Beeinträchtigung der Belange des Dienststellenleiters bedeuten.

Im Ergebnis bleibt es daher dabei, daß die Beteiligung des Personalrats bei einer Änderungskündigung sowohl unter dem Gesichtspunkt der Kündigung wie dem der Vertragsänderung zu erfolgen hat.

III. Das Beteiligungsverfahren

Da §§ 69, 75 und §§ 72, 79 bei der Änderungskündigung nebeneinander anzuwenden sind, muß die Unterrichtung des Personalrats auch die Voraussetzungen beider Verfahren erfüllen. Eine Verfahrensverdopplung ist indes nicht nötig [1]. Der Dienststellenleiter kann dem Personalrat vielmehr gleichzeitig die Gründe für die Kündigung mitteilen wie auch die erforderlichen Auskünfte und Unterlagen über Art und Inhalt, Umfang und Auswirkungen der Vertragsänderung vorlegen. Der Personalrat seinerseits hat alle Möglichkeiten, die der doppelten Beteiligung entsprechen. Gem. §§ 72, 79 kann er zustimmen oder Bedenken oder Einwendungen erheben; letztere können auch hier zum weiteren Mitwirkungsverfahren gem. § 72 Abs. 4 führen. Gem. §§ 69, 75 Abs. 1 iVm § 77 Abs. 2 kann der Personalrat der Vertragsänderung zustimmen oder auch die Zustimmung verweigern [2]. Im letzten Fall entscheidet bei Nichteinigung die bei der obersten Dienst-

---

1) vgl. Hueck § 2, Anm. 14; Richardi DB 1974, 1335(1336); Meisel BB 1973, 944(946)

2) Zum PersVG überwiegt die Auffassung, die Verweigerungsgründe in § 77 Abs. 2 seien nicht abschließend, so daß auch andere Gründe zu berücksichtigen sind; vgl. Windscheid PersV 1975, 128 ff; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 77, Anm. 20 ff mwN; a.A. - erschöpfend - Dietrich ZBR 1974, 113(119); Hecker PersV 1975, 130(135); Söllner AuR 1974, 193(198). Zum BetrVG ist einhellige Meinung, daß der Katalog der Verweigerungsgründe in § 99 Abs. 2 BetrVG eine erschöpfende Aufzählung enthält; vgl. Dietz-Richardi § 99, Anm. 78; Richardi DB 1974, 1335(1336); ders. DB 1973, 378(381); Fitting-Auffarth-Kaiser § 99, Anm. 24.

behörde bestehende Einigungsstelle (§§ 69 Abs. 4, 71). Die Stellungnahme des Personalrats zu beiden Aspekten der Änderungskündigung muß nicht notwendig einheitlich ausfallen. Der Zustimmung zur Vertragsänderung wird zwar in der Regel auch die Zustimmung zur Änderungskündigung als solcher entnommen werden können [1], da auch hier das Schweigen die Zustimmung fingiert. Andererseits ist nicht nur ein Widerspruch jeweils gegen die Kündigung oder die Vertragsänderung, sondern auch gegen beide gleichzeitig möglich, da sich die Widerspruchsgründe nicht voll decken [2]. Soweit sie aber übereinstimmen, darf die Stellungnahme des Personalrats nicht in sich widersprüchlich sein. Der Personalrat kann nicht die Zustimmung zur Versetzung verweigern und gleichzeitig der Kündigung wegen eben dieser Versetzungsmöglichkeit widersprechen [3].

Enthält die Änderungskündigung eine Versetzung gem. § 75 Abs. 1, Nr. 3 zu einer anderen Dienststelle, stellt sich die Frage, welcher Personalrat zuständig ist. Für die andere Dienststelle bedeutet die Versetzung eine Einstellung, die ihrer Beteiligung gem. §§ 69, 75 Abs. 1, Nr. 1 unterliegen könnte. Im Bereich des BetrVG ist streitig, welcher Betriebsrat zu beteiligen ist [4]. Für das Personalvertretungsgesetz erlaubt die gesetzliche Regelung eine eindeutige Zuordnung. Gem. § 82 Abs. 1 ist in Angelegenheiten, in denen die Dienststelle nicht zur Entscheidung befugt ist, die bei der zuständigen Dienststelle bestehende Stufenvertretung zu beteiligen, die ihrerseits dem Personalrat der Dienststelle des Beschäftigten Gelegenheit zur Äußerung gibt (§ 82 Abs. 2). Die Zuständigkeit zumindest der Mittelbehörde wird bei

---

1) vgl. Hueck § 2, Anm. 14; Meisel S. 112, 126; ders. BB 1973, 944(946)
2) vgl. Hueck § 2, Anm. 14; Richardi DB 1974, 1335(1336)
3) zu diesem Beispiel siehe auch Richardi DB 1974, 1335(1336)
4) zu den verschiedenen Auffassungen vgl. Dietz-Richardi § 99, Anm. 46 mit Nachweisen

Versetzungen von einer Dienststelle zur anderen gleich- oder übergeordneten Dienststelle so gut wie immer gegeben sein, sodaß von daher keine Probleme entstehen. Sollte dennoch, insbesondere bei der Versetzung an eine untergeordnete Dienststelle, die abgebende Dienststelle entscheidungsbefugt sein, ergibt sich aus § 82 Abs. 1, daß dann auch nur der bei ihr bestehende Personalrat zu beteiligen ist [1]. Etwas anderes gilt nach der Rechtsprechung dann, wenn die aufnehmende Dienststelle nicht nur eine passive Rolle spielt, sondern auf Art und Inhalt der Maßnahme maßgebenden Einfluß nimmt [2]; dann ist der Personalrat der aufnehmenden Dienststelle ebenfalls zu beteiligen. Ansonsten kommt es zu einer unterschiedlichen Personalratsbeteiligung nur in den Fällen, in denen sowohl eine Umsetzung - dann Zuständigkeit des Hauspersonalrats oder Gesamtpersonalrats gem. §§ 82 Abs. 3, 55, 6 Abs. 3 - wie auch eine Versetzung - Beteiligung der Stufenvertretung gem. § 82 Abs. 1 - in Frage gestellt ist.

IV. Die Bedeutung von Einwendungen des Personalrats

Die Beteiligung des Personalrats bei der Änderungskündigung auch gem. §§ 72, 79 bedingt, daß er auch Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 gegen die Kündigung erheben kann. Diese haben in Verbindung mit der Kündigungsschutzklage grundsätzlich zur Folge, daß der Arbeitnehmer auf sein Verlangen hin zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt werden muß (§ 79 Abs. 2, Satz 1) [3]. Über das Verhältnis dieses Weiterbeschäfti-

---

1) so ausdrücklich § 82 Abs. 1 PersVG Nds.: In Angelegenheiten, in denen die Dienststelle zur Entscheidung befugt ist, ist der bei ihr gebildete Personalrat zu beteiligen. - siehe auch Fitting-Heyer-Lorenzen § 70, Anm. 14; Molitor § 70, Anm. 6

2) vgl. BVerwG E 15, 90; OVG Lüneburg PersV 1966, 135 und PersV 1967, 16

3) Die gleiche Regelung enthält § 102 Abs. 3 und 5 BetrVG.

gungsanspruchs zu § 2 KSchG gehen die Ansichten auseinander.

Gem. § 2 KSchG kann der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt annehmen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt ist. Lehnt er das Angebot innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens drei Wochen nach Zugang der Änderungskündigung ab, wird die Änderungskündigung so behandelt wie jede andere Kündigung. Die Einwendungen des Personalrats kommen voll zum Zuge. Erhebt der Arbeitnehmer fristgerecht Kündigungsschutzklage gem. § 4 KSchG, steht daher dem Verlangen auf Weiterbeschäftigung gem. § 79 Abs. 2, Satz 1 nichts im Wege.

Fraglich ist, ob der Arbeitnehmer auch dann die Weiterbeschäftigung zu unveränderten Vertragsbedingungen verlangen kann, wenn er das Änderungsangebot entsprechend § 2 KSchG unter Vorbehalt oder auch vorbehaltslos annimmt.
Nimmt er das Angebot vorbehaltlos an, bringt er damit zum Ausdruck, daß er jedenfalls nach Ablauf der Kündigungsfrist bereit ist, zu den veränderten Vertragsbedingungen weiterzuarbeiten. Für einen Kündigungswiderspruch des Personalrats bleibt kein Raum; demzufolge entfällt auch ein Weiterbeschäftigungsanspruch zu den alten Bedingungen [1].
Zweifelhaft bleibt die Rechtslage bei einer Annahme unter Vorbehalt. Durch den Vorbehalt bringt der Arbeitnehmer zum Ausdruck, daß er bei ihm günstigen Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens an seinem alten Arbeitsplatz in vollem Umfang festhalten will. Bei dieser Sachlage wird zum Teil die Ansicht vertreten, der Arbeitnehmer habe einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen. Die personalvertretungsrechtlichen Bestimmungen über die Weiterbeschäftigungspflicht gingen

---

1) vgl. Hueck § 2, Anm. 31

vor [1]. Sei der Arbeitgeber schon bei der ordentlichen Kündigung zur Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen verpflichtet, müsse das um so mehr gelten, wenn es nur um die Abänderung der Arbeitsbedingungen gehe [2]. Gegen diese Meinung spricht der Wortlaut des Gesetzes in § 79 Abs. 2, Satz 1, wonach der Arbeitnehmer Klage auf Feststellung erheben muß, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist [3]. Die Klage aus § 2 KSchG richtet sich hingegen nur gegen die Änderung der Arbeitsbedingungen. Beide Klageanträge schließen sich gegenseitig aus und können nicht miteinander verbunden werden [4]. Zudem setzt sich der Arbeitnehmer zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch, wenn er auf der einen Seite die Annahme der Vertragsänderung - wenn auch unter Vorbehalt - erklärt und andererseits gleichwohl die Weiterbeschäftigung zu den alten Bedingungen verlangt [5]. Denn darin liegt gerade eine Ablehnung der Vertragsänderung. Auch der Schutz des Arbeitnehmers verlangt bei der Annahme unter Vorbehalt nicht die Gleichstellung mit der ordentlichen Kündigung im Hinblick auf den Weiterbeschäftigungsanspruch. Geht in letzterem Fall der Arbeitnehmer das Risiko ein, seinen Arbeitsplatz gänzlich zu verlieren, droht ihm bei Annahme der Vertragsänderung unter Vorbehalt diese Gefahr nicht, da der Bestand des Arbeitsverhältnisses selbst nicht in Frage gestellt ist. Dem Interesse des Arbeitnehmers wird dadurch Rechnung getragen, daß er im Falle des Obsiegens so zu stellen ist, als ob die Änderungskündigung nicht erfolgt wäre [6]. Die

---

1) vgl. Gumpert BB 1972, 47(51); Brede BlStSozArbR 1973, 17(19); Gnade-Kehrmann-Schneider § 102, Anm. 25
2) so Rewolle DB 1973, 185(187)
3) vgl. Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 289(292); Richardi DB 1974, 1335(1338)
4) vgl. Weber DB 1973, 688(700); Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 289(292)
5) vgl. Böhm DB 1973, 1641(1642); Weber DB 1973, 688(700)
6) vgl. Hueck § 2, Anm. 34; Richardi DB 1974, 1335(1339); Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 289(292)

Änderungskündigung gilt dann gem. § 8 KSchG als von Anfang an rechtsunwirksam.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß der Arbeitnehmer entweder die Änderung der Vertragsbedingungen unter Vorbehalt annehmen kann und dann jedenfalls vorläufig zu den neuen Bedingungen arbeiten muß oder aber unter Ablehnung des Angebots die Rechte aus § 79 Abs. 2, Satz 1 geltend machen kann [1)2)].

§ 7 Die unterbliebene oder fehlerhafte Beteiligung des Personalrats

I. Die fehlende Beteiligung des Personalrats

1. Überblick

Mangels einer ausdrücklichen Regelung im PersVG '55 war bislang umstritten, welche Auswirkungen die fehlende Mitwirkung allgemein [3)], besonders aber bei ordentlichen Kündigungen auf die Wirksamkeit der Maßnahme habe.

---

1) so auch die wohl herrschende Meinung; vgl. Bitzer PersV 1975, 121(127); Meisel BB 1973, 944; ders. S. 185; Hueck § 2, Anm. 31; Richardi DB 1974, 1335 (1339); Dietz-Richardi § 102, Anm. 73; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 65; Hanau BB 1972, 451 (455); Schlochauer RdA 1973, 157(162)

2) Kollektivrechtlich ist zur Weiterbeschäftigung unter den neuen Bedingungen die Zustimmung des Personalrats gem. §§ 69, 75 Abs. 1 erforderlich. Fehlt diese und kommt auch keine vorläufige Regelung gem. § 69 Abs. 5 - entsprechend § 100 BetrVG - in Betracht, verbleibt es unabhängig von dem Verhalten des Arbeitnehmers bei den alten Arbeitsbedingungen, bis die Zustimmung des Personalrats vorliegt.

3) vgl. die Übersicht bei Rupprecht S. 34 ff; auch Grabendorff ZBR 1960, 97 ff; Rooschüz-Schwarz-Killinger § 59, Anm. 10

Die Literatur [1] sprach sich überwiegend für die Unwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung aus, die ohne die erforderliche Mitwirkung ausgesprochen worden war. Sie folgte damit jedenfalls hinsichtlich der Kündigung der Rechtsprechung des BAG zum PersVG '55 [2]. Danach war die Mitwirkung "gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung jeder Maßnahme des Dienstherrn, die der Mitwirkung unterliegt" [3].

Das BAG stellte so die Mitwirkung bei der ordentlichen Kündigung gem. § 70 Abs. 1, b, Nr. 5 PersVG '55 in deutlichen Gegensatz zur betriebsverfassungsrechtlichen Anhörung gem. § 66 Abs. 1 BetrVG '52. Denn letztere war nach der Rechtsprechung des BAG keine Voraussetzung der zivilrechtlichen Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung [4]. Das BAG nahm bei schuldhaft, rechtswidrig und vorsätzlich unterlassener Anhörung vielmehr an, die Kündigung sei nach Maßgabe der Vorschriften des KSchG sozial ungerechtfertigt [5]. Der Unterschied wurde vor

---

1) vgl. Ballerstedt-Engelhard Art. 61, Anm. 31; Dietz § 61, Anm. 52; § 70, Anm. 89; Distel S. 214; Fitting-Heyer-Lorenzen § 61, Anm. 21; ders. § 70, Anm. 41; Hueck-Nipperdey Bd. II, 2 S. 1241/1242; Kaestl PersV 1961, 29; Rooschüz-Schwarz-Killinger § 59, Anm. 10; Rupprecht S. 102 ff; Windscheid PersVG Berlin § 66, Anm. 8;
a.A. Grabendorff-Windscheid § 61, Erl. III, 1 c; Molitor § 61, Anm. 8; ders. RdA 1955, 404(407); Rengier S. 215; Rewolle-Lorentz § 61, Anm. 15; Winterberg S. 138 f

2) vgl. BAG E 5, 200 = AP Nr. 1 zu § 70 PersVG '55 Kündigung; E 5, 203 = AP Nr. 1 zu § 61 PersVG '55; AP Nr. 2 zu § 70 PersVG '55 Kündigung

3) BAG E 5, 203(207)

4) st. Rechtspr. seit BAG AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG '52 = E 1, 69

5) so auch Hueck-Nipperdey Bd. I, S. 647 f und Bd. II, 2, S. 1434 ff; diese Folgerung aus der Verletzung des Anhörungsrechts war durchaus nicht unbestritten; vgl. Dietz, BetrVG, § 66, Anm. 11 ff; Bötticher BB 1954, 970; Herschel JZ 1954, 762 f; eine Mindermeinung vertrat entspr. der h.M. zum PersVG '55 die Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung bei fehlender Anhörung, vgl. Reinhardt S. 109 ff; Siebert S. 127 ff; vgl. auch LAG Frankfurt DB 1967, 430

allem mit der gegenüber der Anhörung verfahrensmäßig stärker ausgebauten Mitwirkung begründet [1]. Entgegen dieser Entscheidungspraxis bestimmt § 102 Abs. 1, Satz 3 BetrVG nunmehr, daß eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung unwirksam ist [2]. War somit der Unterschied zum PersVG zunächst faktisch beseitigt, stellt jetzt auch § 79 Abs. 4 im Sinne der herrschenden Auffassung ausdrücklich klar: "Eine Kündigung ist unwirksam, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist".

2. Die Nachholung der Beteiligung des Personalrats

Liegt eine wirksame Kündigung nur bei vorheriger Mitwirkung des Personalrats vor, kann diese auch nicht mehr nachgeholt werden, um so der Kündigung doch noch zur Wirksamkeit zu verhelfen. Wie bereits mehrfach angesprochen, liegt die Bedeutung der Mitwirkung des Personalrats über die reine Unterrichtung hinaus darin, dem Personalrat Gelegenheit zu geben, seine Überlegungen zu der Kündigung aus der Sicht der Arbeitnehmerseite dem Dienststellenleiter mitzuteilen, damit dieser insbesondere mögliche Bedenken und Einwendungen bei seiner Entscheidung berücksichtigen kann. Der so umrissene Sinn und Zweck der Mitwirkung würde bei einer Nachholung der Mitwirkung unterlaufen, da das Vorbringen des Personalrats dann keine Auswirkungen mehr haben könnte [3].
Es ist, wie das BAG in einer Entscheidung zu § 102 BetrVG

---

1) dagegen besonders Molitor PersV 1959, 49; vgl. auch Grabendorff ZBR 1960, 97(98)
2) Auf Rechtswidrigkeit und Verschulden kommt es damit nicht mehr an. Von Bedeutung ist im übrigen, daß die Unwirksamkeit nunmehr - da unabhängig vom KSchG - auch von Arbeitnehmern geltend gemacht werden kann, die nicht unter das KSchG fallen.
3) vgl. Rupprecht S. 45; für das BetrVG siehe Brauch S. 78; vgl. auch BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 8 und Nr. 17

richtig ausführt [1], nun einmal nicht dasselbe, ob die Vertretung der Beschäftigten vor der Kündigung gehört wird, oder ob sie nur noch eine mehr oder weniger formale Stellungnahme dazu abgibt. Entscheidend gegen die Anerkennung einer nachträglichen Beteiligung der Personalvertretung spricht der Umstand, daß bei Zulassung der späteren Mitwirkung hinsichtlich der Wirksamkeit der Kündigung ein Schwebezustand entstehen würde. Bei der Kündigung handelt es sich um eine einseitige, rechtsgestaltende Willenserklärung. Derartige Erklärungen können aber nach allgemeiner Ansicht nicht schwebend unwirksam sein, sondern das Fehlen einer Wirksamkeitsvoraussetzung führt bei ihnen stets zur endgültigen Unwirksamkeit [2]. Die Nachholung der Mitwirkung ist daher nicht möglich [3].

Ist der Personalrat erst nach Ausspruch der Kündigung beteiligt worden, vermag diese Beteiligung auch einer vorsorglich danach erklärten zweiten Kündigung nicht ohne weiteres zur Wirksamkeit zu verhelfen. Ein ordnungsgemäßes Mitwirkungsverfahren kann nur zu einer Kündigung erfolgen, für die es eingeleitet worden ist [4]. Der Dienststellenleiter muß also, wenn er erst nachträglich die Stellungnahme des Personalrats einholt, darauf hinweisen, daß er dieses Beteiligungsverfahren zur Grundlage einer weiteren, vorsorglichen Kündigung machen will.

---

1) BAG DB 1974, 1294(1295) = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72
2) vgl. BAG DB 1972, 1732; Auffarth S. 71, 74; ders. PersV 1968, 29(32); Baum BB 1972, 174(175); Etzel DB 1973, 1017(1020); Rupprecht S. 46, 100; Palandt Überbl. 3 d vor § 104; vgl. dazu auch §§ 111, 180 BGB
3) allgem. A.; vgl. Dietz-Richardi § 102, Anm. 65; Engelhard-Ballerstedt § 78, Anm. 78; Fitting-Heyer-Lorenzen § 61, Anm. 21; Hueck, Einl. V, 3 a, cc; siehe auch die BAG-Entscheidungen zu FN 3, S. 52
4) vgl. BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 17

3. Die nachträgliche Zustimmung des Personalrats

Die Mitwirkung des Personalrats bei ordentlichen Kündigungen gem. §§ 79, 72 besagt im Gegensatz zur Beteiligung in der Form der Mitbestimmung gem. § 69, daß eine Kündigung nicht der Zustimmung des Personalrats bedarf. Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung ist allein, daß der Personalrat überhaupt und zwar vor Ausspruch der Kündigung beteiligt worden ist. Der einhelligen Ansicht, daß die nachträgliche Beteiligung der Personalvertretung an der Unwirksamkeit der Kündigung nichts ändern kann, steht im Bereich des BetrVG die Ansicht gegenüber, daß die Unwirksamkeit jedoch durch eine nachträgliche Zustimmung geheilt werden könne [1]. Die Frage wird in Literatur und Rechtsprechung zum PersVG nicht erörtert, stellt sich jedoch hier wie im BetrVG.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes läßt sich diese Auffassung nicht ableiten. Nach den bisherigen Ausführungen zur Frage der vorherigen Beteiligung ergibt sich vielmehr das Gegenteil. Auch hier gilt der Gesichtspunkt, daß nur die vorherige Beteiligung des Personalrats seiner Aufgabe der Wahrung kollektiver und individualrechtlicher Belange gerecht wird [2]. An den Verstoß gegen diese

---

1) so Adomeit DB 1971, 2360(2362); ders. BB 1972, 53(55); Richardi ZfA 1972, Sonderheft S. 25 ff; wohl auch Dietz-Richardi § 102, Anm. 69; anders Richardi in Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72, wo er sich gegen die Heilung durch nachträgliche Zustimmung jedenfalls bei der ordentlichen Kündigung ausspricht; a.A. BAG DB 1974, 1294(1295) = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72; Auffarth S. 71(74); Baum BB 1972, 174(175); Brauch S. 79; Brede BlStSozArbR 1973, 17; Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 209(212); Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 16, 72; Etzel DB 1973, 1017(1019); Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 8a; Gumpert BB 1972, 47; Hanau RdA 1973, 281(291 FN 61); Heckelmann ZfA 1973, 425, 490; Hueck, Einl. V, 3a, cc; Kitzelmann BuV 1972, 209(213); Lepke BB 1973, 894; Meisel DB 1972, 1627(1629); ders. S. 189; Müller S. 14 ff; Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 67(74); ders. Rdnr. 34a

2) so auch Kitzelmann BuV 1972, 209(213)

Regelung hat der Gesetzgeber die Sanktion der Unwirksamkeit geknüpft. Dieses Argument ist auch für den Fall der nachträglichen Zustimmung nicht mit dem Hinweis auf "reinen Formalismus" beiseite zu schieben [1]. Die nachträgliche Zustimmung mag zwar ein Indiz dafür sein, daß der Personalrat auch bei vorheriger Beteiligung zugestimmt hätte [2], als sicher kann das aber kaum angenommen werden [3]. Doch selbst wenn dieser Argumentation gefolgt werden sollte, verbietet sich die Annahme einer rückwirkenden Heilung, da damit wie bei einer nachträglichen Mitwirkung ein Schwebezustand geschaffen würde, der mit der Rechtsnatur der Kündigung als einseitigem Gestaltungsrecht nicht vereinbar ist [4]. Auch eventuell mögliche Ausnahmen [5] scheiden aus Gründen der Rechtssicherheit aus [6]. Es geht nämlich nicht nur darum, daß sich möglicherweise Dienststelle und Personalrat am Ende einig sind [7]. Der betroffene Arbeitnehmer muß und soll sich vielmehr darauf einstellen können, daß die Kündigung ohne Beteiligung des Personalrats unwirksam ist. Nur dann besteht eine eindeutige Rechtslage, die es ihm erlaubt, gegebenenfalls zur Wahrnehmung seiner Belange die entsprechenden gerichtlichen Schritte einzuleiten. Anderenfalls könnte z.B. einer Feststellungsklage auf Unwirksamkeit der Kündigung nach § 79 Abs. 4 durch die spätere Zustimmung des Personalrats der Boden entzogen

---

1) so Müller S. 16, 17
2) darauf weist Etzel DB 1973, 1017(1019) hin; gegen diesen Gesichtspunkt aber schon BAG AP Nr. 10 und 20 zu § 66 BetrVG '52; vgl. auch BAG DB 1974, 1294, 1295
3) vgl. BAG EzA zu § 102 BetrVG '72, Nr. 17
4) siehe S. 52/53
5) vgl. dazu Müller S. 17/18
6) vgl. BAG DB 1974, 1294, 1295 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72; Etzel DB 1973, 1017(1019)
7) so offenbar Adomeit DB 1971, 2360(2362), der sich gerade aus diesem Grund für eine rückwirkende Heilung ausspricht

werden [1].

Soweit im Bereich des BetrVG aus § 102 Abs. 6 BetrVG, wonach kraft Betriebsvereinbarung die Kündigung eines Arbeitnehmers von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig gemacht werden kann, ein anderer Schluß gezogen wird [2], läßt sich aus dieser Argumentation für das PersVG nichts entnehmen, da hier eine entsprechende Regelung fehlt. Im übrigen ist dieser Begründung entgegenzuhalten, daß es bei der Mitwirkung, bzw. der Anhörung nach § 102 BetrVG gerade nicht, wie z.B. bei § 47, entsprechend § 103 BetrVG [3], um das Erfordernis der Zustimmung, sondern um die Wirkung einer an sich entbehrlichen Zustimmung auf die bereits ausgesprochene Kündigung geht. Aus den dargelegten Gründen muß einer solchen Zustimmung jede Rechtswirkung für die bereits ausgesprochene Kündigung versagt bleiben.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, daß eine ordentliche Kündigung ausnahmslos nur bei vorheriger Beteiligung des Personalrats ausgesprochen werden kann. Führt der Dienststellenleiter die Mitwirkung nachträglich durch, bleibt ihm nur die Möglichkeit, die - nunmehr unter dem Gesichtspunkt der Beteiligung des Personalrats wirksame -

---

1) Aus dem Grund der Rechtsklarheit will auch Richardi bei der ordentlichen Kündigung die Heilung durch nachträgliche Zustimmung ausschließen, unter Hinweis darauf, daß hier die Kündigung nachgeholt werden könne, vgl. Richardi in Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72; anders ders. ZfA 1972, Sonderheft S. 25; auch wohl Dietz-Richardi § 102, Anm. 69.

2) vgl. Richardi ZfA 1972, Sonderheft S. 25: wenn § 102 Abs. 6 BetrVG die Vereinbarung einer - vorher oder nachträglich zu erteilenden - Zustimmung erlaube, könne für die Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG nichts anderes gelten; so auch Dietz-Richardi § 102, Anm. 69

3) Beide Vorschriften erfordern vor der Kündigung von Personalratsmitgliedern und gleichgestellten Arbeitnehmern die ausdrückliche Zustimmung des Personalrats bzw. des Betriebsrats.

Kündigung erneut auszusprechen [1]. Dabei ist mit der Rechtsprechung des BAG zu § 102 BetrVG [2] davon auszugehen, daß der Dienststellenleiter auf die Absicht einer erneuten vorsorglichen Kündigung hinweisen muß, da sich nur dann die Mitwirkung des Personalrats auch auf diese geplante Kündigung beziehen kann.

II. Die fehlerhafte Beteiligung des Personalrats

§ 79 Abs. 4 ordnet die Unwirksamkeit der Kündigung an, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist. Wie oben dargestellt [3], vollzieht sich die Mitwirkung nach § 72 in einem genau vorgeschriebenen Verfahren. Ein derartiges Verfahren bringt es mit sich, daß den Beteiligten - Dienststellen wie Personalvertretungen - Fehler bei der Anwendung und Ausübung des Mitwirkungsrechts unterlaufen. Es fragt sich, ob und inwieweit eine solcherart fehlerhafte Beteiligung der Nichtbeteiligung des Personalrats gleichgestellt werden muß, mit der Folge, daß eine daraufhin ausgesprochene Kündigung unwirksam ist.

1. Fehler bei der Dienststelle

Für die Dienststelle bedeutet jede mehr oder weniger weitreichende Beteiligung der Personalvertretungen an ihren Maßnahmen eine entsprechende Beschränkung ihrer Alleingestaltungsbefugnis. Das gilt auch für Kündigungen. Hier bleibt zwar die Letztentscheidung allein bei der Dienststelle [4], das Gesetz gibt der Verwaltung jedoch auf, vor ihrer Entscheidung den Personalrat in der Form

---

1) allg. M.; vgl. BAG DB 1974, 1294(1295,1296); Baum BB 1972, 175; Brecht § 102, Anm. 2; Brede BlStSozArbR 1973, 17; Gnade-Kehrmann-Schneider § 102, Anm. 2; Gumpert BB 1972, 47; Hanau BB 1972, 451(453); ders. RdA 1973, 281(291, FN 61); Meisel DB 1972, 1627(1629); Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 67(74); siehe auch Rupprecht S. 100

2) vgl. BAG EzA zu § 102 BetrVG '72, Nr. 17

3) siehe oben S. 10 ff

4) siehe oben S. 22/23

der Mitwirkung zu beteiligen. Daraus ergibt sich, daß die Beteiligung des Personalrats in erster Linie ein Gebot an die Verwaltung ist, da sie nur dann die von ihr beabsichtigte und auszusprechende Kündigung wirksam vornehmen kann. Wie die Mitwirkung im einzelnen aussieht, regeln die §§ 72, 79. Wesentlicher Inhalt der Mitwirkung des Personalrats ist danach die Verpflichtung des Dienststellenleiters, dem Personalrat die Möglichkeit zu geben, sich eine eigene Meinung von der Kündigungsabsicht der Verwaltung zu bilden, diese Meinung mitzuteilen und insbesondere durch Bedenken und Einwendungen die endgültige Entscheidung des Dienststellenleiters zu beeinflussen [1]. Dem Personalrat ist es demgegenüber selbst überlassen, wie er von seinem so gestalteten Recht Gebrauch macht. Er ist nicht gezwungen, Bedenken oder Einwendungen zu erheben. Er ist auch nicht gezwungen, sich mit der Kündigung überhaupt zu beschäftigen. Dies folgt daraus, daß das Gesetz in § 72 Abs. 2, Satz 1 im Fall des Schweigens des Personalrats die Billigung der Kündigung, also die Beendigung des Mitwirkungsverfahrens fingiert, auch ohne daß die Personalvertretung die Möglichkeit einer Stellungnahme tatsächlich wahrgenommen hat. Konsequent ordnet § 79 Abs. 4 daher nicht die Unwirksamkeit einer Kündigung an, an der sich der Personalrat nicht beteiligt hat, sondern nur dann, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist. Daraus ist auf der anderen Seite zu folgern, daß die Kündigung jedenfalls dann unwirksam ist, wenn der Dienststellenleiter die ihm im Laufe eines Beteili-

---

1) vgl. zum gleichgearteten Anhörungsverfahren gem. § 102 BetrVG BAG DB 1974, 1294 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 8 mit Anm. Kraft = SAE 1975, 109 mit Anm. Meisel; BAG DB 1974, 1438 = AP Nr. 3 zu § 102 BetrVG '72 mit Anm. Herschel = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 9 = SAE 1975, 112 mit Anm. Meisel; BAG DB 1975, 2184 = AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG '72 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14 mit Anm. Nickel; Buchner DB 1976, 532; Eich DB 1975, 1603; Hunold DB 1976, 1865

gungsverfahrens auferlegten Pflichten nicht erfüllt. Die Beteiligung des Personalrats verlangt von der Verwaltung nicht nur die durch Angabe von Person, Termin und Grund der Kündigung präzisierte Mitteilung von der beabsichtigten Maßnahme. Wenn sich der Personalrat der in Frage stehenden Kündigung annimmt, wie das die Regel sein wird, muß der Dienststellenleiter die Kündigung auf Verlangen des Personalrats mit diesem erörtern (§ 72 Abs. 1) und die Zurückweisung von Einwendungen schriftlich begründen (§ 72 Abs. 3). Diese Regelungen gelten auch für die übergeordneten Dienststellen, soweit diese eingeschaltet werden (§ 72 Abs. 4). Erst wenn die Dienststelle den so umrissenen Anforderungen insgesamt nachkommt, hat sie den Personalrat im Sinne der Mitwirkung beteiligt, da sie nur dann dem Personalrat die dem gesetzlichen Auftrag entsprechende Möglichkeit eingeräumt hat, die endgültige Entscheidung in seinem Sinne zu beeinflussen. Fehler der Dienststelle bei der Einleitung wie im Verlauf des Mitwirkungsverfahrens schließen daher eine ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats aus. Da die Verwaltung in diesen Fällen ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Beteiligung der Personalvertretung nicht in vollem Umfang nachgekommen ist, folgt daraus die Sanktion des § 79 Abs. 4: Die Kündigung ist unwirksam [1].

Wesentlich für die Wirksamkeit der Kündigung ist neben der Einhaltung des in § 72 unmittelbar geregelten Verfahrens zunächst die Beachtung der Vertretungsregeln. Das bedeutet auf der einen Seite, daß im Rahmen der Mitwirkung nur der gem. § 7 zuständige Vertreter für die Dienststelle handeln kann. Ein Verstoß gegen diese Norm bedeutet stets eine Verletzung des Mitwirkungs-

---

1) vgl. BAG E 5, 203 = AP Nr. 1 zu § 61 PersVG '55; AP Nr. 2 zu § 70 PersVG '55 Kündigung; Fitting-Heyer-Lorenzen § 61, Anm. 12; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 2; Rupprecht S. 45; zum BetrVG siehe Nachweise in FN 1, S. 58

rechts und führt daher zur Unwirksamkeit der Kündigung [1]. Andererseits muß sich die Dienststelle mit ihren Erklärungen an den richtigen Empfänger wenden [2]. Das ist entweder der Personalrat als ganzes - etwa im Rahmen des Monatsgesprächs gem. § 66 Abs. 1, Satz 1 - oder aber der Vorsitzende der jeweiligen Personalvertretung. Die Berechtigung des Vorsitzenden zur Entgegennahme von Erklärungen ist in § 26 Abs. 3, Satz 2 BetrVG ausdrücklich geregelt. Das PersVG enthält keine derartige Vorschrift. Das Recht des Vorsitzenden ergibt sich hier aber aus dem Gesamtzusammenhang der §§ 32 ff bezüglich der Stellung des Vorsitzenden [3]. Wendet sich der Dienststellenleiter also mit der Mitteilung von der beabsichtigten Kündigung nur an ein beliebiges Personalratsmitglied, ist kein wirksames Mitwirkungsverfahren eingeleitet, solange die Mitteilung nicht weitergegeben wird. Liegt die Frage der Kündigung bereits der übergeordneten Dienststelle vor, berührt ein derartiger Fehler zwar nicht die Einleitung des Mitwirkungsverfahrens, sondern die Durchführung. In der Konsequenz ergeben sich jedoch keine Unterschiede. Durch eine derartige Mitteilung werden keine Fristen in Gang gesetzt, das Schweigen des Personalrats kann nicht als Billigung gewertet werden (§ 72 Abs. 2, Satz 1), eine gleichwohl ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Die gleichen Folgen treten ein, wenn der Dienststellenleiter sich nicht an die zuständige Personalvertretung wendet, wenn also z.B. die Mitteilung von der beabsichtigten Kündigung an Stelle des zuständigen Gesamtpersonalrats dem

---

1) vgl. BAG E 5, 203 = AP Nr. 1 zu § 61 PersVG '55; AP Nr. 2 zu § 70 PersVG '55 Kündigung; OVG Münster PersV 1964, 43; Ambos PersV 1965, 270; Engelhard-Ballerstedt § 8, Anm. 13; Ordemann PersV 1959, 271; Prull PersV 1969, 137 ff; a.A. Grabendorff PersV 1959, 313, der diese Auffassung als zu weitgehend bezeichnet

2) vgl. BAG DB 1974, 1294 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72; Bitzer PersV 1975, 121(122)

3) vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 32, Anm. 37

örtlichen Personalrat zugeleitet wird [1].
Unmittelbar aus der Verfahrensregelung des § 72 folgt die Unwirksamkeit der Kündigung, wenn der Dienststellenleiter die Gründe für die Kündigung nicht mitgeteilt hat, da diese die Grundlage für eine Erörterung mit der Dienststelle wie auch letztlich für eine Entscheidung des Personalrats bilden [2]. Das gleiche gilt, wenn die Kündigung nicht rechtzeitig und eingehend mit dem Personalrat erörtert wird (§ 72 Abs. 1), obwohl der Personalrat auf Grund der Mitteilung des Dienststellenleiters eine Erörterung verlangt hat, da damit die Möglichkeit der Einflußnahme der Personalvertretung beeinträchtigt wird. Ebenfalls unwirksam ist eine Kündigung, falls der Dienststellenleiter Einwendungen des Personalrats nicht folgen will und dieses dem Personalrat nicht mitteilt (§ 72 Abs. 3), da der Personalvertretung damit die Möglichkeit genommen wird, die Angelegenheit der übergeordneten Dienststelle vorzulegen. Setzt der Dienststellenleiter die Kündigung nicht nach § 72 Abs. 5 aus, wird dadurch dem weiteren Mitwirkungsverfahren der Boden entzogen, da die Maßnahme vom Personalrat nicht mehr entsprechend § 72 beeinflußt werden kann. Die Folge ist auch hier die Unwirksamkeit der vorzeitig ausgesprochenen Kündigung.

2. Fehler beim Personalrat

Ergibt sich bei Verfahrensverstößen durch die Dienststelle die Unwirksamkeit der Kündigung gem. § 79 Abs. 4 wie bei fehlender Beteiligung, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen Fehler auf der Seite der Personalvertretungen nach sich ziehen.

---

1) vgl. BAG PersV 1975, 378
2) vgl. für die gleichliegende Frage im Bereich des BetrVG BAG DB 1975, 2184(2185) = BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14; BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 8 mit Anm. Kraft; Dietz-Richardi § 102, Anm. 31; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 9; Güntner AuR 1974, 97 (101); Meisel DB 1972, 1627(1628)

a) Fehler bei der Wahl des Personalrats

Als Fehler, die Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Beteiligung der Personalvertretungen haben können, kommen zunächst Verstöße gegen die Vorschriften über das Wahlrecht (§ 13), die Wählbarkeit (§ 14) und das Wahlverfahren (§§ 19 ff) in Betracht.

Wird gegen allgemeine Grundsätze einer ordnungsgemäßen Wahl schwer und offenkundig verstoßen, ist die Wahl des Personalrats nichtig [1]. Zu denken wäre an die Zurückweisung eines gültigen Wahlvorschlags durch den Wahlvorstand [2], nachträgliches Streichen und Ändern in ordnungsgemäßen Wahlvorschlagslisten [3], Zulassung nicht wahlberechtigter Beschäftigter zur Wahl [4] oder auch an das Fehlen einer geheimen Stimmabgabe [5]. Die Nichtigkeit der Wahl kann von jedermann, zu jeder Zeit und in jedem Verfahren geltend gemacht werden. Es ist dann nach allgemeinen Regeln davon auszugehen, daß ein Personalrat nie bestanden hat. Daher können auch Personalratsbeschlüsse keinerlei Rechtswirkung entfalten. Dies hat im Rahmen der Kündigung besondere Bedeutung für Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3, da das Bestehen von Einwendungen für den betroffenen Arbeitnehmer Auswirkungen im Kündigungsschutzprozeß und auf den Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 79 Abs. 2 nach sich zieht. Die Wirksamkeit der Kündigung selbst bleibt jedoch unberührt, da die Rechtslage so anzusehen ist, als ob nie ein Personalrat bestanden hat. Besteht aber kein Personalrat, entfällt damit auch eine Beteiligungspflicht

---

1) vgl. dazu im einzelnen Engelhard-Ballerstedt § 26, Anm. 6 ff; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 25, Anm. 3 ff; Havers § 22, Erl. 10; zur Betriebsratswahl vgl. BAG NJW 1976, 2229
2) vgl. BVerwG E 19, 362
3) vgl. BVerwG E 5, 348
4) vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 25, Anm. 8
5) vgl. Engelhard-Ballerstedt § 26, Anm. 7

im Rahmen des Mitwirkungsverfahrens gem. § 72 als Voraussetzung für eine wirksame Kündigung. Bei nichtiger Personalratswahl sind somit auch eventuelle Verfahrensfehler der Dienststelle ohne Bedeutung, da der Personalrat nicht beteiligungsfähig war.

Bei weniger schweren Verstößen ist eine Personalratswahl gem. § 25 anfechtbar [1]. Hält das Verwaltungsgericht die Wahlanfechtung für begründet, steht ab Rechtskraft der Entscheidung fest, daß der Personalrat nicht besteht. Nach heute h.M. hat die Anfechtung jedoch keine rückwirkende Kraft [2], da der gesetzgeberische Wille und die Rechtssicherheit verlangen, daß der Personalrat bis zur rechtskräftigen Feststellung der Ungültigkeit der Wahl wirksam tätig gewesen ist [3]. Maßnahmen der Dienststelle werden demzufolge in ihrer Wirksamkeit ebenfalls nicht beeinflußt. Auch auf Grund der Ansicht, die entgegen der h.M. eine Rückwirkung annimmt [4], ergeben sich Folgen nur für die Wirksamkeit der Beschlüsse des Personalrats, nicht auch für die Maßnahmen der Verwaltung. Für letztere ist die Situation dann die gleiche, als ob gar kein Personalrat vorhanden gewesen wäre. Unterbleibt jedoch eine Anfechtung, muß die Dienststelle die Personalvertretung ungeachtet der Fehler bei der Wahl entsprechend §§ 72, 79 beteiligen. Fehler bei der Wahl des Personalrats lassen daher den Verantwortungs-

---

1) zu den Voraussetzungen und dem Verfahren vgl. Engelhard-Ballerstedt § 26, Anm. 10 ff; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 25, Anm. 6 ff, jeweils mit ausführlichen Nachweisen zu Literatur und Rechtsprechung

2) vgl. Engelhard-Ballerstedt § 26, Anm. 37a; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 25, Anm. 30; Windscheid PersVG Berlin, § 66, Anm. 8

3) so schon BVerwG AP Nr. 1 zu § 27 PersVG '55; vgl. auch § 22 Abs. 3 PersVG NW, der die Wirksamkeit der Personalratsbeschlüsse für den Fall der erfolgreichen Anfechtung, ja sogar der Nichtigkeit der Wahl ausdrücklich anordnet

4) vgl. Dietz Anm. zu BVerwG AP Nr. 1 zu § 27 PersVG '55; Grabendorff ZBR 1959, 368

bereich des Dienststellenleiters unberührt. Sie haben, wenn überhaupt, nur Auswirkungen auf Personalratsseite.

Wird auf die Anfechtung hin die Ungültigkeit der Wahl festgestellt, entfällt bis zur Neuwahl eine Beteiligung des Personalrats, also auch die Mitwirkung als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung [1]. Solange kein wirksam gewählter Personalrat besteht, ist kein Beteiligungsverfahren möglich.

Fehler beim Zustandekommen des Personalrats haben somit im Ergebnis keinen Einfluß auf die Wirksamkeit einer Kündigung.

b) Fehler bei der Wahl des Vorsitzenden

Gem. § 34 Abs. 1 ruft der Wahlvorstand die Mitglieder des Personalrats binnen sechs Arbeitstagen zur ersten konstituierenden Sitzung ein. In dieser Sitzung haben die Personalratsmitglieder gem. § 32 Abs. 1 und 2 den Vorstand und den Vorsitzenden zu wählen. Die Vorschrift des § 32 Abs. 1 und 2 ist zwingend. Ein Verstoß kann die Auflösung des Personalrats gem. § 28 zur Folge haben [2]. Die Bestimmung des Vorsitzenden und seiner Stellvertreter gehört nach allgemeiner Ansicht zur Geschäftsführung des Personalrats [3]. Daraus folgt, daß

---

1) vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 25, Anm. 34; Dietz § 21, Anm. 25; anders § 22, Abs. 2, Satz 3 PersVG NW: danach nimmt der Wahlvorstand bis zur Neuwahl die Funktionen, also auch die Beteiligungsrechte des Personalrats wahr

2) vgl. Dietz §§ 31, 32, Anm. 67; Dietz-Richardi § 26, Anm. 1; Fitting-Auffarth-Kaiser § 26, Anm. 8; Galperin-Löwisch § 26, Anm. 2

3) vgl. BVerwG E 5, 261; 7, 140(143); ZBR 1971, 123; OVG Lüneburg AP Nr. 1 und 7 zu § 31 PersVG '55; OVG Koblenz AP Nr. 2 zu § 31 PersVG '55; OVG Hamburg AP Nr. 3 zu § 31 PersVG '55; OVG Münster AP Nr. 6 zu § 31 PersVG '55;
Havers § 29, Erl. 2 und 6; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 32, Anm. 22; Molitor § 31, Anm. 14; Dietz-Richardi § 26, Anm. 30;
a.A. Fitting-Auffarth-Kaiser § 26, Anm. 43 und 45

an sich schon vor der Wahl des Vorsitzenden ein Personalrat besteht. Dieser ist aber ohne Vorsitzenden nicht handlungsfähig. Nur der Vorsitzende vertritt den Personalrat gegenüber der Dienststelle (§ 32 Abs. 3, Satz 1); er beraumt die ordentlichen Sitzungen des Personalrats an (§ 34 Abs. 2), in denen allein der Personalrat die zur Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte erforderliche Beratung vornimmt und die entsprechenden Beschlüsse faßt (§ 37). Diese Erwägungen führen dazu, daß der Personalrat seine Rechte nicht ausüben kann, ohne daß ein Vorsitzender gewählt wurde. Bis zur konstituierenden Sitzung des Personalrats und der Wahl des Vorsitzenden fehlt es der Dienststelle somit an einem aktionsfähigen Verhandlungspartner. Es erscheint daher richtig, wenn das BAG zu § 27 BetrVG '52 davon spricht, die Wahl des Vorsitzenden sei "der letzte Akt der Wahl und der Konstituierung des Betriebsrats" [1]. Damit entfällt bis zu diesem Zeitpunkt aber auch eine Verpflichtung der Dienststelle, den Personalrat an einer Kündigung gem. §§ 79, 72 zu beteiligen [2]. Eine Kündigung ist in der Zeit bis zur Wahl eines Vorsitzenden auch ohne Mitwirkung des Personalrats wirksam.

Fraglich ist jedoch, welche Folgen sich ergeben, wenn die Wahl des Vorsitzenden zwar vorgenommen wurde, aber fehlerhaft durchgeführt worden ist.
Auf die Wahl des Vorsitzenden finden die Regeln über eine Wahlanfechtung gem. § 25 keine Anwendung, da es sich um eine Maßnahme der Geschäftsführung handelt [3]. Eine

---

1) BAG AP Nr. 1 zu § 27 BetrVG '52 = E 2, 182(185)
2) vgl. LAG Düsseldorf DB 1968, 271; Dietz §§ 31, 32, Anm. 67; Molitor § 31, Anm. 2; Erdmann-Jürging-Kammann § 26, Anm. 1; Fitting-Auffarth-Kaiser § 26, Anm. 8; Dietz-Richardi § 26, Anm. 1; Galperin-Löwisch § 26, Anm. 4; Neumann-Duesberg S. 265; Stahlhacke Rdnr. 34c
3) vgl. Nachweise FN 3, S. 64; a.A. BAG E 2, 182; E 3, 80; E 18, 319

Überprüfung der Wahl erfolgt gem. § 83 Abs. 1, Nr. 3 durch die Verwaltungsgerichte unter dem Gesichtspunkt der Rechtmäßigkeit von Personalratsbeschlüssen [1]. Gleichwohl handelt es sich um eine - wenn auch personalratsinterne - Wahl, bei der zur Feststellung der Wirksamkeit die allgemeinen Grundsätze einer jeden Wahl mit heranzuziehen sind. Danach ist die Wahl bei groben, offensichtlichen Fehlern nichtig [2]. Die Folgen sind die gleichen wie bei einer Nichtwahl. Eine solche berührt, wie gerade festgestellt, die Wirksamkeit der Maßnahmen der Dienststelle nicht, da mangels Konstituierung der Personalrat nicht beteiligungsfähig ist. Bei nicht offensichtlichen Fehlern der Wahl des Vorsitzenden wirkt die Feststellung der Unwirksamkeit erst ab Rechtskraft der Entscheidung [3]. Bis dahin üben der Vorsitzende und seine Stellvertreter ihr Amt wirksam aus. Eventuell gefaßte Beschlüsse bleiben bestehen, so daß sich auch im Hinblick auf die Gültigkeit der Kündigung nach erfolgter Mitwirkung des Personalrats keine Auswirkungen ergeben.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, daß der Personalrat bei Nichtwahl oder nichtiger Wahl des Vorsitzenden nicht beteiligungsfähig ist, während eine Anfechtung der Wahl ohne Folgen für die Vergangenheit bleibt. Auf die Wirksamkeit der Maßnahmen der Dienststelle haben derartige Fehler demnach keinen Einfluß.

---

1) vgl. BVerwG E 5, 118; E 7, 253; E 5, 261; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 32, Anm. 2; Havers § 29, Erl. 13

2) siehe oben S. 62/63

3) siehe oben S. 63 f; diese Differenzierung entspricht im Ergebnis der Unterscheidung des BAG von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Wahl des Personalrats, nur die Voraussetzungen der Geltendmachung sind andere als bei § 25

c) Fehler bei der Mitwirkung des Personalrats

Zu untersuchen ist weiter, welche Konsequenzen sich aus der fehlerhaften Behandlung der Kündigung durch den - wirksam gewählten und konstituierten - Personalrat oder seinen Vorsitzenden in Bezug auf die Wirksamkeit dieser Maßnahme der Dienststelle ergeben.

aa) Fehler in der Erklärung des Vorsitzenden

Zunächst ist denkbar, daß der Fehler allein in der Erklärung des Vorsitzenden gegenüber der Dienststelle liegt, indem er ohne oder abweichend von einem ordnungsgemäßen Personalratsbeschluß handelt.
Die Betrachtung der gesetzlichen Ausgestaltung der Mitwirkung hat ergeben, daß es allein Aufgabe des Plenums des Personalrats ist, Mitwirkungsangelegenheiten zu beraten und - gegebenenfalls durch die Gruppenvertreter - darüber Beschluß zu fassen [1]. Der Vorsitzende ist demgegenüber darauf beschränkt, die Mitteilung von der beabsichtigten Kündigung nebst den entsprechenden Informationen entgegenzunehmen, die Personalratsmitglieder zu unterrichten und die Kündigung als Tagesordnungspunkt einer ordentlichen Sitzung des Personalrats anzusetzen. Nach der Beratung der Kündigung und der Beschlußfassung des Personalrats ist es gem. § 32 Abs. 3, Satz 1 Aufgabe des Vorsitzenden, den Beschluß des Personalrats dem Dienststellenleiter mitzuteilen [2]. Bei Kündigungen, die in der Regel Gruppenangelegenheiten sind, sieht § 32 Abs. 3, Satz 2 zudem vor, daß der Vorsitzende, soweit er nicht selbst der betroffenen Gruppe angehört, nur gemeinsam mit einem der Gruppe angehörenden

---

1) siehe oben S. 14, 16
2) Für den Betriebsrat enthält § 26 Abs. 3, Satz 1 BetrVG die gleiche Regelung, sodaß sich insoweit keine Unterschiede ergeben. Auch die angesprochene Problematik ist im Rahmen des § 102 BetrVG die gleiche, da auch dort die Unwirksamkeit der Kündigung droht.

Vorstandsmitglied handeln darf [1]. Die Funktion des Vorsitzenden, Beschlüsse des Personalrats nach außen zum Ausdruck zu bringen, wird gemeinhin als Vertretung in der Erklärung - entgegen der Vertretung in der Willensbildung - bezeichnet [2]. Ob dieser Begriff besonders glücklich gewählt ist, mag hier dahinstehen [3]. Andere ziehen den Begriff "Wortführer" [4] oder "Sprecher" [5] vor. Richtig ist jedenfalls, daß der Vorsitzende weder Bote des Personalrats noch dessen Stellvertreter i.S.d. §§ 164 ff BGB ist. Insofern gibt § 32 Abs. 3, Satz 1 dem Vorsitzenden eine eigene Rechtsstellung, die in die genannten Rechtsformen nicht einzuordnen ist [6]. Sie kann mit der Stellung des Vorsitzenden eines Verbandsorgans verglichen werden. Wie bei einem Verband - ohne daß der Personalrat ein solcher wäre - äußert der Personalrat seinen durch Beschluß gefaßten Willen nach außen durch seinen Vorsitzenden [7].

Teilt der Dienststellenleiter eine beabsichtigte Kündi-

---

1) Im folgenden soll gleichwohl der besseren Verständlichkeit wegen nur von der Erklärung des Vorsitzenden die Rede sein.
2) so BT-Drucksache 1952 I, 3585, S. 7 zum BetrVG; vgl. auch BAG AP Nr. 2 zu § 70 PersVG '55 Kündigung mit insoweit zust. Anm. Richardi; Dietz §§ 31, 32, Anm. 76; Molitor § 31, Anm. 11; Fitting-Heyer-Lorenzen § 31, Anm. 13; Engelhard-Ballerstedt § 40, Anm. 22; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 69, Anm. 17; Dietz-Richardi § 26, Anm. 33; Erdmann-Jürging-Kammann § 26, Anm. 17; Fitting-Auffarth-Kaiser § 26, Anm. 26; Herschel RdA 1959, 81(83)
3) Gegen die Annahme einer "Stellvertretung in der Erklärung" insbesondere Hueck AcP 152, 432 ff, im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zu § 1750 BGB a.F.; siehe auch Soergel-Schultze-v. Lasaulx vor § 164, Bem. 57 ff, der diesen Begriff als Fehlbegriff bezeichnet.
4) vgl. Galperin-Löwisch § 26, Anm. 25
5) vgl. BAG AP Nr. 8 zu § 27 BetrVG '52
6) vgl. Neumann-Duesberg S. 266; Soergel-Schultze-v. Lasaulx vor § 164, Bem. 63; wohl auch Fitting-Auffarth-Kaiser § 26, Anm. 26
7) vgl. wie FN 6

gung dem Personalrat zu Händen des Vorsitzenden ordnungsgemäß mit, so hat er seinerseits alles getan, was in diesem Stadium des Verfahrens von ihm verlangt werden kann [1) 2)]. Unterläßt der Vorsitzende nunmehr die Unterrichtung des Personalrats, führt er keine Behandlung und Beschlußfassung in einer ordentlichen Sitzung herbei oder teilt er dem Dienststellenleiter schon vor Abschluß der Beratungen einen Beschluß mit, fehlt es an einer dem Gesetz entsprechenden Beteiligung des Personalrats. Eine Verletzung der Beteiligungsrechte des Personalrats liegt auch dann vor, wenn der Vorsitzende irrtümlich oder vorsätzlich dem Dienststellenleiter gegenüber eine von der tatsächlichen Beschlußfassung abweichende Stellungnahme abgibt. Gleichwohl kann das Verhalten des Vorsitzenden in Bezug auf die Beteiligung des Personalrats von Bedeutung für die Wirksamkeit der Kündigung sein.

a1) Schweigen des Vorsitzenden

Die erste Möglichkeit besteht darin, daß der Vorsitzende auf die Mitteilung von der beabsichtigten Kündigung hin weder dem Personalrat noch der Dienststelle gegenüber reagiert oder aber einen Beschluß des Personalrats nicht weiterleitet.
Gem. § 72 Abs. 1 gilt die Kündigung als gebilligt, wenn der Dienststellenleiter innerhalb von sieben Arbeitsta-

---

1) vgl. Richardi Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 70 PersVG '55 Kündigung; Meisel Anm. zu BAG SAE 1975, 112
2) Das gleiche gilt für jede Mitteilung an den Vorsitzenden des Personalrats im weiteren Mitwirkungsverfahren, wie etwa bei der Ablehnung von Einwendungen des Personalrats gem. § 72 Abs. 3. Ebenso beziehen sich die Ausführungen zum Verhalten des Vorsitzenden auf das gesamte Mitwirkungsverfahren, da es keinen Unterschied macht, an welcher Stelle im Ablauf der Mitwirkung dem Vorsitzenden Fehler unterlaufen.

gen keine Stellungnahme des Personalrats erhält [1]. Dieser Fiktion kommt im wesentlichen die Bedeutung zu, daß nach Ablauf der Frist keine Einwendungen - entsprechend dem Widerspruch im BetrVG - mehr erhoben werden können, da eine ausdrückliche Zustimmung gerade keine Wirksamkeitsvoraussetzung der ordentlichen Kündigung ist. Andererseits ist damit aber auch das Mitwirkungsverfahren beendet. Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, daß die Billigungsfiktion an andere Voraussetzungen als nur den Fristablauf gebunden ist. Es soll erreicht werden, daß Maßnahmen der Dienststelle durch die Beteiligung des Personalrats nicht länger als unbedingt erforderlich verzögert werden. Das Gesetz geht also offensichtlich davon aus, daß dem Personalrat hinlänglich Gelegenheit gegeben worden ist, seine Beteiligungsrechte auszuüben, wenn der Dienststellenleiter mit dem Ausspruch der Kündigung sieben Arbeitstage abgewartet hat. Für diesen Zweck ist es ohne Bedeutung, warum die Dienststelle innerhalb der Frist keine Stellungnahme des Personalrats erhält [2]. Es spielt somit keine Rolle, ob der Personalrat vom Vorsitzenden überhaupt informiert wurde, ob er in der Angelegenheit einen Beschluß - mit welchem Inhalt auch immer - gefaßt hat und warum der Vorsitzende den Dienststellenleiter nicht entsprechend unterrichtet hat. Besteht also das fehlerhafte Verhalten des Vorsitzenden darin, daß er die Frist zu einer Stellung-

---

1) Das gilt auch hinsichtlich der Frist von drei Arbeitstagen zur Einleitung des weiteren Mitwirkungsverfahrens gem. § 72 Abs. 4, Satz 1. Zwar fingiert das Gesetz hier nicht ausdrücklich die Zustimmung. Der Gedanke des § 72 Abs. 2, Satz 1 muß aber entsprechend gelten, da mit Ablauf der Frist feststeht, daß der Personalrat die vorher geltend gemachten Einwendungen nicht mehr weiter verfolgen will.

2) allg. M.; vgl. BAG DB 1974, 1438 = AP Nr. 3 zu § 102 BetrVG '72 mit insoweit zust. Anm. Herschel; BAG DB 1975, 2184(2186); LAG Hamm DB 1972, 2408; Dietz § 61, Anm. 22; Engelhard-Ballerstedt §§ 70,71, Anm. 8; Havers § 66, Erl. 14; Stahlhacke Rdnr. 34c

nahme ungenutzt verstreichen läßt, geht dies gem. § 72 Abs. 2, Satz 2 allein zu Lasten des Personalrats und damit letztlich zu Lasten des betroffenen Arbeitnehmers. Daraus ergibt sich, daß die Art und Weise der Ausübung des Beteiligungsrechts in den Zuständigkeitsbereich der Personalvertretung fällt. Die Dienststelle hat mit dem Angebot der Beteiligung das ihrerseits erforderliche getan. Mehr verlangt das Gesetz von der Verwaltung nicht. Das - selbst das fehlerhafte - Schweigen des Personalrats berührt daher jedenfalls nicht die Wirksamkeit einer nach Fristablauf ausgesprochenen Kündigung.

b1) Erklärung von Zustimmung oder Bedenken

Der Vorsitzende kann aber auch innerhalb der Frist der Kündigung ausdrücklich zustimmen oder Bedenken allgemeiner Art äußern, ohne daß dem ein entsprechender Beschluß des Personalrats zugrunde liegt. Bei ordnungsgemäßer Handhabung der Rechte des Personalrats ist damit das Mitwirkungsverfahren abgeschlossen und der Dienststellenleiter kann die Kündigung wirksam im Hinblick auf § 79 Abs. 4 aussprechen.
Fraglich ist daher, ob die fehlende Behandlung und Beschlußfassung durch den Personalrat die Wirksamkeit der Kündigung beeinträchtigt.
Bei der Kündigung erlangt diese Frage nur dann Bedeutung, wenn der Dienststellenleiter nicht nur die Stellungnahme innerhalb der Frist gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 erhält, sondern binnen dieser Frist auch die Kündigung ausspricht. Wartet er nämlich die Frist von sieben Arbeitstagen ab, kann die fehlerhafte Erklärung des Vorsitzenden die Wirksamkeit der Kündigung nicht mehr beeinflussen. Die unrichtige Erklärung des Vorsitzenden führt dann nur zu dem Ergebnis, daß keine Stellungnahme des Personalrats vorliegt. Für diesen Fall fingiert das Gesetz in § 72 Abs. 2, Satz 1 jedoch gerade die Zustimmung und damit eine abgeschlossene Beteiligung des Personalrats, sodaß § 79 Abs. 4 nicht eingreift.

Fraglich bleibt somit nur die Wirksamkeit einer Kündigung innerhalb der Frist gem. § 72 Abs. 2, Satz 1.

In Literatur und Rechtsprechung ist kein einheitlicher Meinungsstand festzustellen.

Ausgangspunkt in der Literatur ist überwiegend § 32 Abs. 3, Satz 1 [1]. Danach ist der Vorsitzende kraft Gesetzes berechtigt und verpflichtet, die Beschlüsse des Personalrats auszuführen. Nach insoweit einhelliger Meinung kann der Vorsitzende nur in diesem Rahmen Erklärungen mit Wirkung für und gegen den Personalrat abgeben [2]. Aus dieser Stellung des Vorsitzenden wird gefolgert, daß der Dienststellenleiter grundsätzlich nicht zur Nachprüfung verpflichtet sei, ob die Erklärung des Vorsitzenden durch einen Beschluß des Personalrats gedeckt ist [3]. Der Dienststellenleiter könne vielmehr darauf vertrauen [4], daß der Vorsitzende sich in seiner Erklärung an einen entsprechenden Personalratsbeschluß hält, da insoweit eine gesetzliche Vermutung für die Richtigkeit der Erklärung des Vorsitzenden

---

1) Für das BetrVG enthält § 26 Abs. 3, Satz 1 die gleiche Regelung, so daß Literatur und Rechtsprechung zum BetrVG entsprechend herangezogen werden können.
2) vgl. Brecht § 26, Anm. 12; Dietz-Richardi § 26, Anm. 33; Erdmann-Jürging-Kammann § 26, Anm. 17; Fitting-Auffarth-Kaiser § 26, Anm. 27; GK-Wiese § 26, Anm. 29; Gnade-Kehrmann-Schneider § 26, Anm. 11
3) vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 14; § 79, Anm. 17; Dietz §§ 31, 32, Anm. 81; Fitting-Heyer-Lorenzen § 31, Anm. 15; Molitor § 31, Anm. 12; Dietz-Richardi § 26, Anm. 44; § 102, Anm. 41; Fitting-Auffarth-Kaiser § 26, Anm. 29; Kraft Anm. zu BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 8
4) vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 69, Anm. 17; Molitor § 31, Anm. 12; Dietz-Richardi § 33, Anm. 20; § 102, Anm. 41; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 22; Galperin-Löwisch § 26, Anm. 31; Stege-Weinspach S. 393

eingreife [1]. Diese Vermutung sei jedoch durch Gegenbeweis jederzeit widerlegbar [2]. Für diesen Fall wird nun der Standpunkt vertreten, der gute Glaube des Dienststellenleiters in Bezug auf das Vorliegen eines ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschlusses sei nicht geschützt, weil dadurch die gesetzlichen Beteiligungsrechte des Betriebsrats beeinträchtigt würden [3]. Danach führt die nicht durch einen Beschluß gedeckte Erklärung des Vorsitzenden, die entweder unwirksam [4] oder jedenfalls für den Betriebsrat nicht bindend [5] sei in der Konsequenz zu der - allerdings nicht deutlich ausgesprochenen - Folge, daß eine Kündigung innerhalb der Äußerungsfrist mangels ordnungsgemäßer Beteiligung gem. § 102 Abs. 1, Satz 3 BetrVG, § 79 Abs. 4 unwirksam wäre. Dem Betriebsrat wird jedoch das Recht eingeräumt, die Erklärung des Vorsitzenden durch Beschluß nachträglich zu genehmigen bzw. den Fehler zu heilen [6], wodurch dann die Kündigung im Ergebnis wohl wirksam sein müßte.

Andere ziehen zum Schutz des Dienststellenleiters die Grundsätze der Anscheinsvollmacht heran [7]. Danach

---

1) vgl. Dietz §§ 31, 32, Anm. 81; Engelhard-Ballerstedt § 40, Anm. 24; Fitting-Heyer-Lorenzen § 31, Anm. 15; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 32, Anm. 40; Fitting-Auffarth-Kaiser § 26, Anm. 29; Nikisch III, S. 142
2) vgl. Havers § 29, Erl. 9; Galperin-Löwisch § 26, Anm. 31; GK-Wiese § 26, Anm. 35; siehe auch FN 1
3) vgl. Brecht § 26, Anm. 15; Dietz-Richardi § 26, Anm. 44; Erdmann-Jürging-Kammann § 26, Anm. 19; Fitting-Auffarth-Kaiser § 26, Anm. 29; Galperin-Löwisch § 26, Anm. 31; Herschel RdA 1959, 81(83); im Ergebnis -allerdings ohne Begründung- auch wohl Havers § 69, Erl. 20 und § 29, Erl. 9, wenn er fehlerhafte Erklärungen des Vorsitzenden der fehlenden Beteiligung gleichsetzt
4) so Fitting-Auffarth-Kaiser § 26, Anm. 31; Galperin-Löwisch § 26, Anm. 29; Nikisch III, S. 142
5) so Dietz-Richardi § 26, Anm. 45; Erdmann-Jürging-Kammann § 26, Anm. 19
6) siehe die Nachweise in FN 5 und 4
7) vgl. Canaris S. 264/265; Dietz RdA 1968, 439(441,442); Heinze DB 1973, 2089(2095); Buchner DB 1976, 532(535); siehe auch Blomeyer BB 1969, 101(105)

wird dem Personalrat die Erklärung des Vorsitzenden dann zugerechnet, wenn der Dienststellenleiter an die Vertretungsmacht des Vorsitzenden geglaubt hat und auch glauben durfte und der Personalrat zurechenbar einen entsprechenden Rechtsschein gesetzt hat. Letzteres setze voraus, daß der Personalrat zumindest in seiner Mehrheit von dem Auftreten des Vorsitzenden gewußt hat oder hätte wissen können [1].

Ein Teil der Literatur ist der Ansicht, daß der Dienststellenleiter grundsätzlich in gutem Glauben wirksam handeln könne [2]. Danach stellt sich die Rechtslage wie folgt dar: Der Dienststellenleiter braucht nicht nachzuprüfen, ob der Personalrat Stellung genommen hat und ob die Erklärung des Vorsitzenden auch die des Personalrats ist. Diese Fragen fallen in den Verantwortungsbereich allein des Personalrats. Der Dienststellenleiter ist schon durch das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit gehalten, die Erklärung des Vorsitzenden als Stellungnahme des Personalrats entgegenzunehmen. Dann muß er ihr auch vertrauen können. Das fehlerhafte Verhalten des Vorsitzenden macht demgemäß Maßnahmen der Dienststelle nicht unwirksam.

Das BAG hat die Frage zunächst offengelassen. In einer Entscheidung [3] hat es ausgeführt, daß die Anhörung des Betriebsrats jedenfalls dann nicht vollendet ist, wenn "der Arbeitgeber weiß oder nach den Umständen an-

---

1) so Dietz RdA 1968, 439(442); a.A. - nur positive Kenntnis - Canaris S. 265

2) vgl. Engelhard-Ballerstedt §§ 70, 71, Anm. 8; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 69, Anm. 18 - beide trotz Annahme einer widerlegbaren Vermutung -; Brecht BB 1954, 840 ff; Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 209 (211); Kraft Anm. zu BAG EzA § 102, Nr. 8; Eich DB 1975, 1603; wohl auch Richardi in Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 70 PersVG Kündigung

3) BAG DB 1974, 1294 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 8 mit Anm. Kraft = SAE 1975, 109 mit Anm. Meisel; so auch schon BAG AP Nr. 2 zu § 70 PersVG '55 Kündigung

nehmen muß, daß die ihm mitgeteilte Ansicht durch eine entsprechende Stellungnahme (Beschluß) des zuständigen Gremiums nicht gedeckt ist. Ob und inwieweit der Arbeitgeber sich dabei durch Rückfrage oder in anderer Weise über die betriebsratsinternen Vorgänge versichern muß, braucht nicht entschieden zu werden". In einer weiteren Entscheidung [1] hat das BAG angenommen, daß Fehler des Vorsitzenden jedenfalls dann ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Anhörung bleiben, wenn der Arbeitgeber mit dem Ausspruch der Kündigung bis zum Ablauf der Frist zur Stellungnahme gem. § 102 Abs. 2, Satz 1 BetrVG wartet. Ausdrücklich unentschieden ließ es die allein interessierende Frage, "wie sich der Arbeitgeber zu verhalten hat, wenn er bereits vor Ablauf der Wochenfrist kündigen will, ohne Klarheit darüber zu haben, ob und wie der Betriebsrat auf die Mitteilung der Kündigungsabsicht hin tätig geworden ist".
Nunmehr hat das BAG in einer Entscheidung zur fehlerhaften Willensbildung des Betriebsrats ausgeführt [2], derartige Fehler im Bereich des Betriebsrats gingen grundsätzlich zu dessen Lasten, da er seine Beteiligungsrechte eigenverantwortlich wahrnähme und der Arbeitgeber sich in seine Amtsführung nicht einzumischen habe. Mängel in der Willensbildung des Betriebsrats wirkten sich in der Regel auch dann nicht aus, wenn der Arbeitgeber weiß oder vermuten kann, daß das Verfahren des Betriebsrats nicht fehlerfrei verlaufen ist [3]. Dies gelte auch für den Fall, daß der zuständige Repräsentant des Betriebsrats allein eine Stellungnahme

---

1) BAG DB 1974, 1438 = AP Nr. 3 zu § 102 BetrVG '72 mit Anm. Herschel = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 9 = SAE 1975, 112 mit Anm. Meisel
2) BAG DB 1975, 2184 = AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG '72 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14 mit Anm. Nickel
3) BAG wie FN 2; bestätigt in BAG DB 1976, 1063 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 21

zu der beabsichtigten Kündigung abgebe [1]. Dieser Entscheidung kann entnommen werden, daß das BAG jetzt die Kündigung auch dann als wirksam ansieht, wenn die Erklärung des Vorsitzenden nicht von einem entsprechenden Beschluß gedeckt ist.
Es liegt damit in der Tendenz auf einer Linie mit der Rechtsprechung des BVerwG [2] und dem überwiegenden Teil der arbeitsrechtlichen Instanzgerichte [3], die Fehler bei der internen Willensbildung grundsätzlich dem Betriebsrat bzw. Personalrat zurechnen. Nach dieser Rechtsprechung ist maßgebend, ob der Arbeitgeber die Vorschriften über die Beteiligung des Personalrats beachtet hat. Darauf komme es wesentlich für die Sanktion der Unwirksamkeit an. Während jedoch ein Teil dieser Gerichte Fragen der Behandlung des Beteiligungsrechts nach Einleitung des Verfahrens als interne Angelegenheit des Personalrats ansieht, die der Arbeitgeber in keinem Fall zu berücksichtigen brauche [4], gilt das nach anderen Entscheidungen nur dann, wenn dem Arbeitgeber Fehler im Verfahren durch den Personalrat nicht bekannt seien und er nach den Umständen keinen Anlaß zu Zweifeln haben müsse [5].

---

1) BAG wie FN 2, S. 75 unter Hinweis auf die Aufgabe der früheren Rechtsprechung in BAG E 12, 174(177) = AP Nr. 20 zu § 66 BetrVG und AP Nr. 2 zu § 70 PersVG '55 Kündigung
2) vgl. BVerwG ZBR 1963, 213 = PersV 1964, 61; BVerwG PersV 1966, 113
3) vgl. LAG Berlin AP Nr. 1 zu § 102 BetrVG '72; LAG Hamm DB 1972, 2408 und DB 1974, 1343; LAG Schleswig-Holstein DB 1973, 1606 und 1608; LAG Düsseldorf DB 1975, 2041; ArbG Göttingen DB 1973, 530; ArbG Emden ARSt-Kurz 1973, Nr. 1021; ArbG Ludwigshafen ARSt-Kurz 1973, Nr. 1040
4) vgl. LAG Schleswig-Holstein DB 1973, 1606 und 1608; LAG Hamm DB 1972, 2408 und DB 1974, 1343; ArbG Göttingen DB 1973, 530; ArbG Emden ARSt-Kurz 1973, Nr. 1021; ArbG Ludwigshafen ARSt-Kurz 1973, Nr. 1040
5) vgl. LAG Düsseldorf DB 1975, 2041(2042); LAG Berlin AP Nr. 1 zu § 102 BetrVG '72; auch BVerwG PersV 1966, 113(116)

Die Lösungsversuche der Literatur über § 32 Abs. 3, Satz 1 unter Heranziehung von Rechtsscheinsgedanken und dem Schutz des guten Glaubens des Dienststellenleiters erscheinen nicht überzeugend.

Soweit in diesem Zusammenhang die Grundsätze der Anscheinsvollmacht herangezogen werden [1], geht dieser Gesichtspunkt bei den förmlichen Beteiligungsrechten des Personalrats an der Sache vorbei. Die Grundsätze der Anscheinsvollmacht können nur da angewandt werden, wo der Vorsitzende über seine gesetzlichen Befugnisse hinaus zur Vertretung des Personalrats bevollmächtigt wird, soweit das überhaupt möglich ist [2]. Die Bevollmächtigung zu eigenem Handeln des Vorsitzenden ist aber gerade bei den förmlichen Beteiligungsrechten nicht möglich, da diese Rechte allein dem Personalrat in seiner Gesamtheit zustehen. Gibt also der Vorsitzende im Rahmen einer Mitwirkungsangelegenheit eine Stellungnahme ab, erweckt er nicht den Anschein, bevollmächtigt zu sein, er handelt vielmehr entsprechend der ihm kraft Gesetzes gem. § 32 Abs. 3, Satz 1 zustehenden Befugnis. Diese Befugnis ist jedoch von einem dem Personalrat zurechenbaren Rechtsschein unabhängig. Auf die Frage, ob der Personalrat in seiner Gesamtheit oder Mehrheit von dem Auftreten des Vorsitzenden wußte oder wissen mußte, kann es daher auch nicht ankommen.

Die Auffassung in der Literatur, die den Schutz des guten Glaubens des Dienststellenleiters ablehnt, obwohl er auch einer fehlerhaften Erklärung des Vorsitzenden vertrauen dürfe, ist zunächst in sich nicht überzeugend. Muß der Dienststellenleiter mit der Unwirksamkeit der Kündigung rechnen, kann er dem Vorsitzenden letzten

---

1) siehe oben S. 73/74
2) vgl. Dietz-Richardi § 33, Anm. 21; Neumann-Duesberg S. 266 ff; Herschel RdA 1959, 81(84); aber auch Canaris S. 265

Endes eben nicht vertrauen [1]. Völlige Verunsicherung von Verwaltung wie auch letztlich des betroffenen Arbeitnehmers tritt ein, wenn gleichzeitig vertreten wird, der Personalrat könne durch nachträglichen Beschluß die fehlerhafte Erklärung des Vorsitzenden heilen oder genehmigen [2]. Die Rechtsfolgen bei später erkanntem Fehlverhalten des Vorsitzenden würden allein in der Hand des Personalrats liegen. Hinzu kommt, daß diese Ansicht im Ergebnis auf eine unzulässige nachträgliche Beteiligung oder Zustimmung hinausläuft [3].
Wesentlich gegen diese Meinung spricht jedoch, daß ihre Behauptung, der Schutz des guten Glaubens des Dienststellenleiters führe zu einer Beeinträchtigung der Beteiligungsrechte des Personalrats, die Frage, wem diese Beeinträchtigung zuzurechnen ist, ohne sie überhaupt aufzuwerfen, vom Ergebnis her vorab zu Lasten der Verwaltung beantwortet. Der gleiche Gesichtspunkt gilt auch, wenn über Rechtsscheinsgedanken der gute Glaube des Dienststellenleiters geschützt werden soll [4]. Wird allein auf die subjektiven Vorstellungen des Dienststellenleiters abgestellt, verschiebt sich die Frage, wann eine fehlerhafte Beteiligung des Personalrats zur Unwirksamkeit der Kündigung führt, vorab in den Bereich des Arbeitgebers. Einmal ist zumindest zweifelhaft, inwieweit eine solche Einbeziehung subjektiver Elemente mit dem damit verbundenen Unsicherheitsfaktor der heutigen gesetzlichen Regelung entspricht [5], zum anderen wird die vordringliche Frage, ob Fehler im Beteiligungsverfahren seitens des Personalrats überhaupt in den Verantwortungsbereich der Verwaltung fallen, weder gestellt

---

1) so auch Richardi Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 70 PersVG '55 Kündigung
2) siehe oben S. 73
3) siehe oben S. 52 ff
4) siehe oben S. 73/74
5) vgl. BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14 und Nr. 21; auch Hunold DB 1976, 1865/1867

noch beantwortet.

Die Lösung des Problems ist in der gesetzlichen Ausgestaltung des Beteiligungsrechts des Personalrats durch §§ 72, 79 zu suchen.

Wie oben bereits dargestellt [1], kann §§ 72, 79 entnommen werden, daß nicht nur die fehlende Mitwirkung, sondern auch die fehlerhafte Beteiligung des Personalrats seitens der Dienststelle zur Unwirksamkeit der Kündigung führt, da die Dienststelle durch ihr Fehlverhalten die Beteiligungsrechte des Personalrats beeinträchtigt. Danach ist § 79 Abs. 4 so zu verstehen, daß eine Kündigung unwirksam ist, an der der Personalrat nicht oder nicht ordnungsgemäß beteiligt worden ist. Diesem Verständnis entspricht, daß § 79 Abs. 4 jedenfalls dem Wortlaut nach die durch den Dienststellenleiter ausgesprochene Kündigung nicht für unwirksam erklärt, wenn der Personalrat sich nicht beteiligt hat [2]. Hat aber die Dienststelle mit der Mitteilung von der beabsichtigten Kündigung zunächst alles getan, um den Personalrat entsprechend seinen Rechten zu beteiligen, wird aber die Ausübung seiner Rechte durch den Vorsitzenden vereitelt, indem dieser ohne oder entgegen einen Beschluß des Personalrats eine Stellungnahme abgibt, liegt die Annahme nahe, diese Nichtbeteiligung des Personalrats nicht unter § 79 Abs. 4 zu fassen.

Etwas anderes könnte sich dann ergeben, wenn der Dienststellenleiter auf die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte des Personalrats einwirken könnte und müßte, indem er die Erklärung des Vorsitzenden einer inhaltlichen und rechtlichen Kontrolle unterzieht.
Die Vertreter der Auffassung, der Dienststellenleiter

---

1) siehe oben S. 57 ff
2) vgl. zu diesem Gesichtspunkt LAG Hamm DB 1974, 1343/1344; ArbG Emden ARSt-Kurz 1973, Nr. 1021

werde in seinem guten Glauben in die Erklärung des Vorsitzenden nicht geschützt [1], bejahen zum Teil eine generelle Nachprüfungsberechtigung des Dienststellenleiters [2]. Von diesem Standpunkt her erscheint das gerechtfertigt; denn wenn der Dienststellenleiter trotz der Erklärung des Vorsitzenden mit der Unwirksamkeit der Kündigung rechnen muß, bedarf es wenigstens dieser Möglichkeit zum Schutz vor drohenden Rechtsnachteilen [3]. Diese Argumentation widerspricht aber der gesetzlichen Regelung des Verhältnisses zwischen Dienststellenleiter und Personalrat. Der erste Anhaltspunkt ergibt sich aus der in § 2 Abs. 1 gesetzlich normierten Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit. Danach ist der Vorsitzende gehalten, der Dienststelle gegenüber Erklärungen nur so abzugeben, wie sie vom Personalrat tatsächlich beschlossen worden sind. Der Dienststellenleiter seinerseits ist verpflichtet, Erklärungen des Vorsitzenden so hinzunehmen, wie dieser sie ihm gegenüber seiner gesetzlichen Stellung entsprechend abgibt [4]. Eine generelle Kontrolle des Dienststellenleiters daraufhin, ob der Personalrat tatsächlich einen derartigen Beschluß gefaßt hat, liefe auf einen deutlichen Ausdruck seines Mißtrauens gegenüber dem Vorsitzenden und damit auch gegenüber dem Personalrat hinaus [5]. Das ist mit § 2 Abs. 1 nicht vereinbar. Ist der Dienststellenleiter aber schon von Gesetzes wegen gehalten, der Erklärung des Vorsitzenden Vertrauen entgegenzu-

---

1) siehe oben S. 73 mit FN 3
2) so Dietz-Richardi § 26, Anm. 44; Erdmann-Jürging-Kammann § 26, Anm. 19
3) Soweit der Schutz des guten Glaubens des Dienststellenleiters abgelehnt wird, ein Nachprüfungsrecht hingegen nur bei Zweifeln angenommen wird, so Fitting-Auffarth-Kaiser § 26, Anm. 29; Galperin-Löwisch § 26, Anm. 33, bleibt der Dienststellenleiter völlig schutzlos, sofern kein Anlaß zu Zweifeln besteht.
4) so auch Brecht BB 1954, 840(842)
5) vgl. Kraft Anm. zu BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 8 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72

bringen, schließt das eine allgemeine Kontrollberechtigung aus. Gegen ein solches Recht spricht auch die Rechtsposition des Personalrats. Der Personalrat wird von den Beschäftigten gewählt (§ 19). Als Vertretung der Beschäftigten ist er Träger von eigenen Rechten und Pflichten. Zu den wesentlichen Aufgaben gehört die Wahrnehmung der förmlichen Beteiligungsrechte. Ob und wie er diese Aufgabe erfüllt, ist allein seine Angelegenheit [1]. Die eigenverantwortliche Tätigkeit des Personalrats würde aber überspielt, wenn der Dienststellenleiter über ein generelles Nachprüfungsrecht zu einer verwaltungsinternen Kontrollinstanz berufen wird. Es ist daher nicht Aufgabe des Dienststellenleiters, die Tätigkeit des Vorsitzenden und des Personalrats zu kontrollieren [2]. Ergibt sich somit aus den vorgenannten Erwägungen, daß ein allgemeines Kontrollrecht des Dienststellenleiters abzulehnen ist, kann er zu einer derartigen Nachprüfung auch nicht verpflichtet sein [3] [4]. Besteht aber weder ein Recht noch die Pflicht zur Kontrolle der Stellungnahme des Vorsitzenden, spricht das dafür, Fehler im Bereich des Personalrats nicht der Dienststelle anzulasten und daher auch nicht auf deren Maßnahmen durchschlagen zu lassen. Ansonsten würde der

---

1) vgl. BAG DB 1975, 2184(2186) = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14; Eich DB 1975, 1603

2) vgl. BAG E 17, 133; DB 1975, 2184(2185); LAG Schleswig-Holstein DB 1973, 1606 und 1608; ArbG Göttingen DB 1973, 530(531); Küchenhoff § 102, Anm. 3; Stahlhacke Rdnr. 34c; Richardi Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 70 PersVG Kündigung

3) so auch - allerdings ohne Begründung - Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 14

4) Bei Buchner DB 1976, 532(535) zeigt sich als weiteres Problem bei einer Lösung nach Rechtsscheinsgedanken die Frage nach dem Umfang des Nachprüfungsrechts, wenn er auf der einen Seite dem Arbeitgeber Recht und Obliegenheit zuspricht, sich über die Ordnungsmäßigkeit der Beschlußfassung zu vergewissern, ihm aber eine ins Detail gehende Nachforschungspflicht nicht auflasten will.

Verwaltung die Sanktion für Handlungen aufgebürdet, auf die sie keinen Einfluß hat [1].
Diese Überlegung wird verstärkt durch die Einwirkungsmöglichkeit der Arbeitnehmer, deren Interessen wahrgenommen werden sollen, und des Personalrats selbst, was die Handlungen des Vorsitzenden anbelangt. Es ist Sache der Arbeitnehmer, bei der Wahl des Personalrats darauf zu achten, daß nur solche Kandidaten gewählt werden, die die Interessen der Arbeitnehmer nicht nur sinnvoll, sondern auch ordnungsgemäß vertreten. Erfüllt ein Personalratsmitglied die in ihn gesetzten Erwartungen nicht, können die Arbeitnehmer spätestens bei der nächsten Wahl daraus die Konsequenzen ziehen [2]. Der Personalrat selbst hat gegenüber fehlerhaftem Verhalten des Vorsitzenden eine noch direktere Eingriffsmöglichkeit. Er kann den Vorsitzenden bei falscher Amtsführung jederzeit durch Mehrheitsbeschluß gem. § 37 wieder abwählen [3]. Das ist zwar gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber schon daraus, daß der Vorsitzende als Repräsentant des Personalrats auch das Vertrauen der Mitglieder haben muß. Die Beeinträchtigung der Beteiligungsrechte durch den Vorsitzenden als Repräsentant und Mitglied des Personalrats liegt somit einmal allein im Bereich des Personalrats [4], zum andern kann sich der Personalrat gegen wiederholtes Fehlverhalten des Vorsitzenden ohne weiteres selbst schützen [5].

---

1) vgl. Eich DB 1975, 1603(1604)
2) vgl. BAG DB 1975, 2184(2186) = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14; LAG Schleswig-Holstein DB 1973, 1606; Eich DB 1975, 1603/1604
3) so auch die h.M. zu § 23 BetrVG; vgl. BAG E 12, 220 (227 f); E 18, 319(322); BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 21; Dietz-Richardi § 26, Anm. 23; Fitting-Auffarth-Kaiser § 26, Anm. 11; Hueck-Nipperdey Bd. II, 2, S. 1193; Nikisch III, S. 136
4) vgl. BAG DB 1975, 2184(2185) = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14; Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 209(211)
5) siehe dazu auch Brecht BB 1954, 840(841)

Nach den bisherigen Ausführungen ergibt sich eine klare Aufteilung in verschiedene Verantwortungs- und Zuständigkeitsbereiche zwischen Arbeitgeber und Personalrat. Der Arbeitgeber muß, will er eine Kündigung wirksam aussprechen, dem Personalrat die Möglichkeit einräumen, seine Entscheidung durch eine Stellungnahme zu beeinflussen. Auf die personalratsinterne Behandlung der Angelegenheit hat er keinerlei Einfluß. Diese ist allein Sache des Personalrats. Der Arbeitgeber hat die Stellungnahme vielmehr so hinzunehmen, wie sie der Vorsitzende ihm gegenüber abgibt. Handelt es sich ersichtlich um eine abschließende Stellungnahme des Personalrats [1], spricht dies alles dafür, daß der Arbeitgeber nunmehr die Kündigung unabhängig von Fehlern in der Rechtssphäre des Personalrats wirksam aussprechen kann.

Diese Überlegung wird bestätigt durch § 72 Abs. 2. Danach gilt die Kündigung als gebilligt, wenn der Personalrat schweigt, auch wenn der Vorsitzende ihn nicht eingeschaltet hat [2]. Die Fiktion der Billigung hat zur Folge, daß der Personalrat keine Einwendungen mehr erheben kann. Zugleich bedeutet sie die Beendigung des Mitwirkungsverfahrens. Der Dienststellenleiter kann danach die Kündigung wirksam aussprechen. Diese Regelung besagt im Hinblick auf die Zuordnung von Verhaltensweisen des Personalrats, daß es im Ergebnis zu Lasten des Arbeitnehmers geht, wenn der Personalrat von seinen Rechten keinen Gebrauch macht. Denn äußert sich der Personalrat nicht oder nicht rechtzeitig, begibt er sich damit der Möglichkeit, zugunsten des Arbeitnehmers in den Entscheidungsprozeß einzugreifen. Das gilt jedoch nicht nur dann, wenn der Personalrat bewußt schweigt, sondern auch dann, wenn der Vorsitzende von dem Beteiligungsangebot der Dienststelle entgegen einem ausdrücklichen Personalratsbeschluß keinen Gebrauch macht und

---

1) vgl. BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14 und 23
2) siehe oben S. 70

die Frist des § 72 Abs. 2 verstreichen läßt, ohne dem Dienststellenleiter die Stellungnahme des Personalrats zukommen zu lassen. Dem Vorsitzenden kann dabei unter Umständen ein Ausschlußverfahren wegen grober Pflichtverletzung gem. § 28 drohen. Für die Fiktion des § 72 Abs. 2 ist hingegen ohne Belang, warum der Dienststellenleiter keine Stellungnahme des Personalrats erhalten hat [1]. Damit folgt aus § 72 Abs. 2, daß auch ein "fehlerhaftes Schweigen" allein dem Verantwortungsbereich des Personalrats und damit des betroffenen Arbeitnehmers zugeordnet ist. Die Wirksamkeit der Kündigung wird nicht betroffen. Diese gesetzliche Wertung rechtfertigt, einer ausdrücklichen Erklärung des Vorsitzenden, die nicht durch einen Beschluß des Personalrats gedeckt ist, die gleiche Wirkung beizumessen [2], da es auch da um ein Verhalten geht, das allein in der Rechtssphäre des Personalrats liegt. Will man das verneinen, würde es in der Praxis dazu führen, daß der Dienststellenleiter auf jeden Fall den Ablauf der Frist von sieben Arbeitstagen gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 abwartet, da er nur dann sicher sein kann, der Unwirksamkeitsfolge des § 79 Abs. 4 durch Fehler seitens des Personalrats zu entgehen [3]. Darin dürfte jedoch kaum der Sinn der Äußerungsfrist nach § 72 Abs. 2, Satz 1 liegen.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß der Dienststellenleiter eine Kündigung auch vor Ablauf der Frist gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 wirksam aussprechen kann, nachdem ihm der Vorsitzende einen Beschluß des Personalrats mitgeteilt hat [4]. Die Wirksamkeit hängt grundsätzlich nicht davon ab, ob der Vorsitzende den Personalrat

---

1) vgl. BAG DB 1974, 1438 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 9
2) vgl. BAG wie FN 1, S. 83
3) so auch Kraft in Anm. zu BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 8 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72
4) so auch BAG wie FN 1, S. 83; Hunold DB 1976, 1865 (1866 f); Eich DB 1975, 1603/1604; Nickel in Anm. zu BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14

überhaupt vor Abgabe seiner Erklärung eingeschaltet hat oder ob die Erklärung des Vorsitzenden mit einem Beschluß übereinstimmt.

Von diesem Grundsatz ausgehend stellt sich die Frage, ob und inwieweit die positive Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von Fehlern des Vorsitzenden der Dienststelle mit der Folge anzulasten ist, daß eine innerhalb der Frist des § 72 Abs. 2 ausgesprochene Kündigung unwirksam wäre.

Diese Wirkung des Wissens seitens der Dienststelle wird in unterschiedlichem Ausmaß mit unterschiedlichen Gründen bejaht.
Das BAG [1] hielt zunächst die Beteiligung für nicht vollendet, wenn der Arbeitgeber weiß oder nach den Umständen annehmen muß, daß die ihm mitgeteilte Ansicht durch eine entsprechende Stellungnahme des zuständigen Gremiums nicht gedeckt ist.
Eich [2] kommt über den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 2 Abs. 1 BPersVG wie BetrVG zu einer Zurechnung beim Arbeitgeber, soweit er Fehler seitens des Personalrats ohne Kontrollmaßnahmen erkennen konnte [3]. Eine Ausnahme will er dann machen, wenn der Personalrat der Auffassung war, seine Rechte optimal genutzt zu haben. Nickel [4] sieht das Beteiligungsverfahren aufgeteilt in einen betriebsverfassungsrechtlichen und einen bestandsschutzorientierten Aspekt. Der Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit des Personalrats oder Betriebsrats könne beim bestandsschutzorientierten Teil nicht durchgreifen, wenn der Arbeitgeber den Mangel im Beteiligungsverfahren kenne. Dann sei ihm ein Abwarten der Frist nach § 72 Abs. 2 zumuten, da der

---

1) BAG DB 1974, 1294 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72, Nr. 8; ihm folgend LAG Düsseldorf DB 1975, 2041(2042)
2) Eich DB 1975, 1603(1604/1605)
3) ähnlich wohl auch LAG Berlin AP Nr. 1 zu § 102 BetrVG '72
4) Nickel Anm. zu BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14

Betriebsrat den Mangel noch erkennen und heilen könne. Grob fahrlässige Unkenntnis sei dann gleich zu behandeln, wenn der Arbeitgeber den betriebsratsinternen Mangel verursacht habe.

Das BAG [1] hat demgegenüber nunmehr ausgeführt, der Grundsatz, daß Mängel bei der Willensbildung des Betriebsrats nicht dem Arbeitgeber anzulasten sind, gelte im allgemeinen auch dann, wenn der Arbeitgeber weiß oder vermuten kann, daß das Verfahren des Betriebsrats nicht fehlerfrei verlaufen ist. Auf die Kenntnis des Arbeitgebers könne es schon deshalb nicht ankommen, weil sonst die Gültigkeit des Beteiligungsverfahrens von der zufälligen Kenntnis des Arbeitgebers abhinge und dadurch eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen würde. Nicht ganz klar äußert sich das BAG zu Stellungnahmen durch den Vorsitzenden. An einer Stelle [2] betrachtet es das Beteiligungsverfahren auf der Arbeitgeberseite als noch nicht abgeschlossen, wenn allein der Vorsitzende der Kündigung nach Mitteilung von der Kündigungsabsicht sofort zustimmt. An anderer Stelle [3] bezieht es seinen Grundsatz auch auf alleinige Stellungnahmen des Vorsitzenden, verlangt aber an dritter Stelle [4] ein Abwarten der Frist, wenn noch die Möglichkeit einer Stellungnahme des Gremiums besteht.

Ausgangspunkt der Untersuchungen muß auch hier die oben dargestellte Trennung der Verantwortungs- und Zuständigkeitsbereiche sein. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Personalrat in seiner Gesamtheit die Möglichkeit einer Stellungnahme vor Ausspruch der Kündigung einzuräumen; der Personalrat ist in der Wahrnehmung dieses Rechts nur sich selbst und den Arbeitnehmern gegenüber

---

1) BAG DB 1975, 2184 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14; bestätigt in BAG DB 1976, 1063 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 21
2) BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14, S. 66
3) BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14, S. 67
4) BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14, S. 68/69

verantwortlich, ohne daß der Arbeitgeber berechtigt ist, in diesen Rechtskreis etwa durch Kontrollen einzudringen. Diese Aufteilung in verschiedene Rechtssphären erlaubt eine eindeutige Zuordnung von fehlerhaftem Verhalten an Hand objektiver Kriterien, in deren Rahmen für eine Verschiebung der Verantwortungsbereiche auf Grund subjektiver Umstände kein Raum bleibt. Das BAG [1] verweist zu Recht darauf, daß das Beteiligungsverfahren im neuen Gesetz objektiviert worden ist, indem im Gegensatz zur früheren Auffassung die Unwirksamkeit einer Kündigung nicht mehr von der rechtswidrigen, vorsätzlichen und schuldhaften Verletzung des Beteiligungsrechts durch den Arbeitgeber abhängt [2]. Damit wird die erhebliche Rechtsunsicherheit vermieden, die die Berücksichtigung subjektiver Vorstellungen des Arbeitgebers bedeutet [3]. Der gleiche Gesichtspunkt gilt für die Einbeziehung mehr oder weniger zufälliger Kenntnisse des Arbeitgebers vom Beteiligungsverfahren innerhalb des Personalrats, die letztlich voll zu Lasten des betroffenen Arbeitnehmers ginge, da dieser die Wirksamkeit seiner Kündigung kaum mehr überblicken könnte. Die Unwägbarkeiten der gegenteiligen Auffassung werden besonders deutlich, wenn für die Offenkundigkeit fehlerhafter Willensbildung des Personalrats etwa auf die Betriebsgröße abgestellt werden soll [4]. Damit werden Faktoren in die Beurteilung der Unwirksamkeit einer Kündigung wegen fehlerhafter Beteiligung des Personalrats einbezogen, die sich jeder genauen Erfassung entziehen.
Diese Erwägungen werden bestätigt durch § 72 Abs. 2. Nach dieser Vorschrift tritt die Fiktion der Billigung und damit die Beendigung des Beteiligungsverfahrens

---

1) BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14
2) vgl. Überblick bei Dietz-Richardi § 102, Anm. 2
3) siehe dazu auch die Erwägungen zur Frage der Berücksichtigung des "Kündigungswillens" des Dienststellenleiters bei der Beteiligung des Personalrats oben S. 9
4) so Eich DB 1975, 1603(1605)

durch Fristablauf ein. Auch die positive Kenntnis des Arbeitgebers von einem abweichenden Beschluß des Personalrats spielt keine Rolle, es sei denn, dieser ist ihm ordnungsgemäß mitgeteilt worden.

Dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 2 Abs. 1 kann keine andere Wertung entnommen werden. Er enthält lediglich eine Grundregel, die Dienststelle wie Personalrat im Verhältnis zueinander bei der Wahrnehmung der ihnen zugewiesenen Aufgaben zu beachten haben. Dem entspricht z.B. die Verhandlung in gegenseitiger Offenheit [1], die Abwägung zwischen dienstlichen Notwendigkeiten und dem Wohle der Mitarbeiter [2] oder die Unterstützung bei notwendigen Ermittlungen des Personalrats [3]. Eine Verschiebung der Verantwortungsbereiche auf Grund subjektiver Vorstellungen des Arbeitgebers läßt sich mit § 2 Abs. 1 jedoch nicht begründen.

Der Abgrenzungsversuch von Nickel [4] vermag nicht zu überzeugen. Die Trennung der Beteiligung des Betriebsrats in einen betriebsverfassungsrechtlichen und einen bestandsschutzorientierten Aspekt ergibt keinen Anhaltspunkt dafür, letzteren aus der Eigenverantwortlichkeit des Betriebsrats herauszunehmen. Die "Zielverfehlung" wird hier ebenfalls nicht durch den Arbeitgeber, sondern durch die unrichtige Handhabung der Befugnisse durch den Betriebsrat als Vertreter des Arbeitnehmers verursacht. Es ergibt sich die gleiche Situation wie bei fehlerhafter Stellungnahme des Betriebs- oder Personalrats. Die "bestandsschutzorientierte Zielverfehlung" geht auch in diesem Fall zu Lasten des Arbeitnehmers.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß der Arbeitgeber eine Kündigung auch dann innerhalb der Frist des § 72

---

1) vgl. BVerwG E 10, 196 = ZBR 1960, 128
2) vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 2, Anm. 9
3) vgl. BVerwG E 13, 291 = ZBR 1962, 156
4) Nickel in Anm. zu BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14

Abs. 2 wirksam aussprechen kann, wenn er um die Fehlerhaftigkeit der Stellungnahme des Vorsitzenden weiß.

Der immer wieder angesprochene Fall, daß der Arbeitgeber dem Vorsitzenden allein oder in Anwesenheit eines Teils der Personalratsmitglieder seine Kündigungsabsicht mitteilt, daraufhin eine Erklärung erhält und auf diese Erklärung hin die Kündigung sofort ausspricht, findet seine Lösung nicht über die Zuordnung von Verfahrensfehlern auf seiten des Personalrats in die Sphäre des Arbeitgebers, weil dieser den Mangel kannte [1]. Sicher weiß der Dienststellenleiter bei dieser Sachlage, daß eine Beratung und Beschlußfassung des Personalrats in seiner Gesamtheit nicht stattgefunden hat. Entscheidend für die Sanktion der Unwirksamkeit der Kündigung gem. § 79 Abs. 4 ist jedoch, daß die Dienststelle ihrer Verpflichtung, dem Personalrat die Möglichkeit einer Stellungnahme zu geben und die Kündigung mit diesem zu erörtern, nicht nachgekommen ist, weil dazu Verhandlungen mit dem Vorsitzenden allein oder einem Teil des Personalrats in unmittelbarem Anschluß an die Mitteilung von der Kündigungsabsicht nicht ausreichen [2]. Dieser Fehler liegt allein in ihrem Verantwortungs- und Zuständigkeitsbereich, für den sie dann auch die Konsequenzen zu tragen hat. Der Hilfserwägung, daß der Dienststellenleiter noch mit einer Stellungnahme des Personalrats rechnen muß [3], bedarf es dabei nicht. Ebenso kommt es nicht auf die Beschlußfähigkeit des Personalrats an [4].
Teilweise wird erwogen, in diesen Fällen, in denen der Arbeitgeber möglicherweise damit rechnen muß, daß der Vorsitzende die Angelegenheit fälschlich als erledigt

---

1) so aber Eich DB 1975, 1603(1604); Nickel in Anm. zu BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14
2) so wohl auch LAG Hamm EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 11
3) vgl. BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 9, 14, 17
4) so LAG Düsseldorf EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 12

ansieht, vom Arbeitgeber zu verlangen, auf eine Behandlung durch den Personalrat hinzuwirken [1]. Dem ist entgegenzuhalten, daß sich der Dienststellenleiter damit in unzulässiger Weise in die Belange des Personalrats einmischen würde. Es geht nicht an, den Dienststellenleiter zum Hüter der Rechte des Personalrats zu bestellen. Er ist lediglich gehalten, mit der Kündigung längstens bis zum Ablauf der Äußerungspflicht nach § 72 Abs. 2 zu warten.

c1) Erhebung von Einwendungen

Die Frage der Wirksamkeit der Kündigung stellt sich auch dann, wenn ohne oder entgegen einen Personalratsbeschluß Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 erhoben worden sind. In diesem Fall kann der Dienststellenleiter die Kündigung nicht sofort aussprechen. Er muß seine, die Einwendungen ablehnende Entscheidung vielmehr dem Personalrat mitteilen (§ 72 Abs. 3). Dieser kann dann binnen drei Tagen die Angelegenheit der nächsthöheren Dienststelle zur Entscheidung vorlegen (§ 72 Abs. 4, Satz 1), die wiederum die bei ihr bestehende Stufenvertretung zu beteiligen hat (§ 72 Abs. 4, Satz 2). Das Mitwirkungsverfahren kann hier bis zur obersten Dienstbehörde gehen, bei der dann die endgültige Entscheidung liegt [2]. Soweit im Laufe des Mitwirkungsverfahrens von einem beteiligten Personalratsvorsitzenden die Einwendungen nicht aufrecht erhalten werden, oder die nächsthöhere Dienststelle nicht eingeschaltet wurde, ist das Beteiligungsverfahren beendet. Handelt der Vorsitzende ohne einen entsprechenden Personalratsbeschluß, schadet das nicht. Gibt der Vorsitzende einen Beschluß des Personalrats, mit dem dieser an den Einwendungen festhält, nicht weiter oder legt er entgegen einem Personalratsbeschluß

---

1) so BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14; Herschel in Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 102 BetrVG '72 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 9

2) zum Verfahren siehe oben S. 19 ff

die Kündigung nicht der nächsthöheren Dienststelle zur Entscheidung vor, gilt die Zustimmung des Personalrats nach Fristablauf gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 als erteilt. Spricht der Dienststellenleiter die Kündigung vor einer Erklärung des Vorsitzenden aus, verletzt er das Beteiligungsrecht des Personalrats, da dieser sich innerhalb der Frist noch hätte äußern können. Dann ist die Kündigung gem. § 79 Abs. 4 unwirksam. Bei einer Kündigung nach Fristablauf schützt den Dienststellenleiter die Fiktion des § 72 Abs. 1.
Erklärt der Vorsitzende dem Dienststellenleiter jedoch die Zustimmung zu der Kündigung bzw. den Verzicht auf die Einwendungen, hat der Dienststellenleiter keine Veranlassung, mit dem Ausspruch der Kündigung länger zu warten. Es entsteht die gleiche Situation wie bei der Zustimmung des Personalrats der Ausgangsdienststelle. Auch hier führen die oben dargelegten Überlegungen dazu, einer Kündigung die Wirksamkeit nicht zu versagen, wenn die Stellungnahme des Vorsitzenden nicht von einem Beschluß des Personalrats gedeckt ist, da eine solche Erklärung allein in den Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Personalrats fällt.

Werden die Einwendungen während des ganzen Mitwirkungsverfahrens aufrecht erhalten, liegt die Entscheidungsbefugnis letztlich bei der obersten Dienstbehörde. Diese muß die bei ihr bestehende Stufenvertretung beteiligen. Erklärt der Vorsitzende der Stufenvertretung die Zustimmung zur Kündigung oder auch das Festhalten an den Einwendungen, ergibt sich für den Dienststellenleiter genau die gleiche Lage wie für den Dienststellenleiter der Ausgangsdienststelle im Falle der Erklärung von Zustimmung oder von Bedenken [1]. Bei beiden Sachverhalten

1) Nur muß hier auch die oberste Dienstbehörde bei einer Kündigung trotz bestehender Einwendungen die Nichtberücksichtigung der Einwendungen gegenüber dem Personalrat begründen.

besteht die Möglichkeit, daß die Erklärung des Vorsitzenden nicht von einem Personalratsbeschluß gedeckt ist. Seitens der Dienststelle macht es keinen Unterschied, mit welchem Inhalt sich der Vorsitzende erklärt, da sie die Kündigung auf jeden Fall aussprechen kann. Es kommt nur auf die Beteiligung des Personalrats überhaupt an. Bei dieser Sachlage ist kein Grund ersichtlich, den Dienststellenleiter bei einer noch innerhalb der Frist gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 erfolgten Kündigung nicht ebenso zu stellen wie den Dienststellenleiter der Ausgangsdienststelle. Die Kündigung ist daher auch hier bei fehlerhafter Erklärung des Vorsitzenden wirksam.
Möglich ist, daß bei der Letztentscheidung der obersten Dienstbehörde die Stufenvertretung wirksam handelte, daß aber die Erklärung eines Vorsitzenden im Laufe des Mitwirkungsverfahrens - sei es hinsichtlich der Einwendungen selbst, sei es die Vorlage an die nächsthöhere Dienststelle - nicht durch einen Beschluß des Personalrats gedeckt war. Wird ein solcher Fehler nach Ausspruch der Kündigung festgestellt, greift auch hier die Zuordnung in den Bereich des Personalrats ein. Die Dienststelle hat hier nicht nur die Erklärung des Vorsitzenden als ordnungsgemäße Ausübung des Beteiligungsrechts des Personalrats hingenommen, sondern hat darüber hinaus ein mehrstufiges Mitwirkungsverfahren mit mehrfacher Beteiligung der Personalvertretungen durchgeführt. Die Verwaltung hat daher unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Erklärung des Vorsitzenden nicht von einem Personalratsbeschluß gedeckt war, letztlich mehr getan, als von ihr eigentlich hätte verlangt werden können. Die Kündigung der obersten Dienstbehörde ist somit auch bei fehlerhafter Erklärung eines Vorsitzenden im Laufe des Mitwirkungsverfahrens wirksam.

Im Ergebnis haben somit fehlerhafte Erklärungen des Vorsitzenden im Rahmen des Mitwirkungsverfahrens auch bei Einwendungen keine Bedeutung für die Wirksamkeit der

Kündigung.

bb) Fehler bei der Beschlußfassung des Personalrats

Fehler seitens des Personalrats können nicht nur bei der Erklärung des Vorsitzenden, sondern besonders auch bei der Beschlußfassung des Personalrats selbst auftreten.

Die Willensbildung des Personalrats erfolgt allein in der Form der Beschlußfassung gem. § 37 (entsprechend § 33 BetrVG) [1]. Beschlüsse des Personalrats können nur in einer ordnungsgemäßen Sitzung gem. § 43 Abs. 2, Satz 2 (entsprechend § 29 Abs. 2 BetrVG) gefaßt werden [2]. Unwirksam sind daher Beschlüsse, die im sogenannten "Umlaufverfahren" zustandekommen, in dem die Personalratsmitglieder nacheinander und unabhängig voneinander ihre Stellungnahme abgeben [3]. Das Umlaufverfahren ist mit dem Erfordernis in § 37 Abs. 1, Satz 1 (entsprechend § 33 Abs. 1, Satz 1 BetrVG), wonach die Stimmenmehrheit der "anwesenden Mitglieder" erforderlich ist, unvereinbar. Zum anderen entfällt bei diesem Verfahren die

---

1) vgl. Engelhard-Ballerstedt § 44, Anm. 2; Fitting-Heyer-Lorenzen § 36, Anm. 2; Dietz-Richardi § 33, Anm. 1; Fitting-Auffarth-Kaiser § 33, Anm. 7

2) allg. M., vgl. Engelhard-Ballerstedt § 44, Anm. 3; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 37, Anm. 4; Havers § 33, Erl. 2; Brecht § 33, Anm. 6; Dietz-Richardi § 33, Anm. 3; Erdmann-Jürging-Kammann § 33, Anm. 8; Fitting-Auffarth-Kaiser § 33, Anm. 15; GK-Wiese § 33, Anm. 5; Gnade-Kehrmann-Schneider § 33, Anm. 1

3) allg. M., vgl. BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14 mit insoweit zust. Anm. Nickel; Engelhard-Ballerstedt § 44, Anm. 3; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 37, Anm. 5; Havers § 33, Erl. 2; Fitting-Heyer-Lorenzen § 36, Anm. 5; Molitor § 36, Anm. 11; Prull PersV 1969, 137(140); Rewolle-Lorentz § 36, Anm. 1; Brecht § 33, Anm. 6; Dietz-Richardi § 33, Anm. 2; Erdmann-Jürging-Kammann § 33, Anm. 3; Fitting-Auffarth-Kaiser § 33, Anm. 15; Gnade-Kehrmann-Schneider § 33, Anm. 1; Maus § 32, Anm. 2; Neumann-Duesberg S. 250; a.A. Heilemann-Czyborra § 36, Anm. 1; auch Meisel S. 151; LAG Hamm DB 1974, 1343, da es dem Betriebsrat überlassen sei, wie er seinen Willen zur Kündigungsabsicht des Arbeitgebers bilde

vorgeschriebene eingehende Beratung der Personalratsmitglieder und die Abwägung des Für und Wider, da die Auffassung der anderen Personalratsmitglieder unbekannt bleibt. Eine ordnungsgemäße Sitzung selbst setzt voraus, daß der Vorsitzende die Mitglieder des Personalrats rechtzeitig unter Mitteilung der Tagesordnung geladen hat (§ 34 Abs. 2, Satz 2; entsprechend § 29 Abs. 2, Satz 3 BetrVG) [1) 2)]. Wann ein Verstoß gegen diese Vorschriften zur Unwirksamkeit des Beschlusses führt, ist im einzelnen umstritten [3)]. Zu denken wäre etwa daran, daß entgegen § 31 Abs. 1, Satz 2 für ein verhindertes Personalratsmitglied kein Ersatzmitglied geladen wurde [4)]. Ein gleichwohl gefaßter Beschluß ist dann unwirksam. Ebenso kann die zu Unrecht erfolgte Teilnahme eines Ersatzmitglieds, weil das Personalratsmitglied objektiv nicht verhindert war, zur Unwirksamkeit führen [5)], soweit durch die Stimmabgabe des Ersatzmitglieds die Entscheidung beeinflußt wurde [6)]. Gem. § 37 Abs. 2 sind Beschlüsse nur wirksam, wenn mindestens die Hälfte der

---

1) vgl. BVerwG E 44, 145(147); Dietz § 33, Anm. 23 und § 36, Anm. 6 und 24; Engelhard-Ballerstedt § 44, Anm. 3; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 37, Anm. 4; Havers § 30, Erl. 6; Molitor Anm. 4 im Anhang zu § 36; Dietz-Richardi § 33, Anm. 3; Fitting-Auffarth-Kaiser § 33, Anm. 16 und 18; Maus § 32, Anm. 3
2) zur Frage des Selbstversammlungsrechts des Personalrats vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 34, Anm. 19 m.w.N.
3) vgl. Dietz-Richardi § 29, Anm. 20 ff; Fitting-Auffarth-Kaiser § 29, Anm. 30 ff, mit jeweils w.N.
4) vgl. Engelhard-Ballerstedt § 44, Anm. 7; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 37, Anm. 9; Havers § 33, Erl. 4; Dietz-Richardi § 33, Anm. 14; § 25, Anm. 17 ff; Fitting-Auffarth-Kaiser § 33, Anm. 17; LAG Saarbrücken AP Nr. 2 zu § 29 BetrVG '52
5) vgl. BVerwG E 31, 298
6) vgl. Dietz-Richardi § 33, Anm. 31; Erdmann-Jürging-Kammann § 33, Anm. 10; Fitting-Auffarth-Kaiser § 33, Anm. 36

Mitglieder des Personalrats anwesend war [1] und deren Mehrheit dem Beschluß zugestimmt hat (§ 37 Abs. 1, Satz 1). In Gruppenangelegenheiten, die wie die Kündigung nur Angehörige einer Gruppe betreffen, sind gem. § 38 Abs. 2 nach Beratung im Gesamtpersonalrat nur die Vertreter der jeweiligen Gruppe zur Beschlußfassung berechtigt [2].
Verfahrensmängel bei der Einberufung von Sitzungen und der Beschlußfassung führen also in einer Reihe von Fällen zur Unwirksamkeit eines Personalratsbeschlusses. Eine ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats liegt somit nicht vor.

Spricht daher der Dienststellenleiter in solchen Fällen eine Kündigung vor Ablauf der Frist von sieben Arbeitstagen gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 aus, ergibt sich die gleiche Problematik wie bei der Stellungnahme des Vorsitzenden, die nicht durch einen Personalratsbeschluß gedeckt ist. Die Betrachtung der unterschiedlichen Verantwortungs- und Zuständigkeitsbereiche [3] führt auch hier dazu, die Wirksamkeit der Kündigung trotz fehlerhafter Beschlüsse des Personalrats anzunehmen. Die Abwägung der beteiligten Interessen spricht sogar noch deutlicher für die Möglichkeit einer wirksamen Kündigung. Ging es zunächst darum, ob überhaupt ein der Erklärung des Vorsitzenden entsprechender Beschluß gefaßt wurde, liegt hier ein solcher Beschluß vor, er ist nur nicht ordnungsgemäß zustandegekommen. Verfahrensfehler, die bei einer tatsächlichen Beschlußfassung die Unwirksamkeit des Beschlusses bedingen, liegen aber noch tiefer in der Rechtssphäre des Personalrats als fehlerhafte Erklärungen des Vorsitzenden dem Dienst-

---

1) vgl. Engelhard-Ballerstedt § 44, Anm. 6; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 37, Anm. 10; Havers § 33, Erl. 4; Dietz-Richardi § 33, Anm. 11; Fitting-Auffarth-Kaiser § 33, Anm. 9
2) vgl. BVerwG E 37, 169; BVerwG ZBR 1972, 381
3) siehe oben S. 79 ff

stellenleiter gegenüber. Richtet sich die Behauptung eines angeblichen Beschlusses immerhin noch nach außen, nämlich an den Dienststellenleiter, erfährt dieser über die Art und Weise des Verfahrens bei der Beschlußfassung gar nichts. Das gilt auch dann, wenn der Personalrat gem. § 34 Abs. 3, Satz 1 auf Antrag des Dienststellenleiters tätig geworden ist. Könnte und müßte der Dienststellenleiter entgegen dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 2 Abs. 1 diesen Fragen nachgehen, würde er in einem Maße in die internen Angelegenheiten des Personalrats eingreifen, daß diesem am Ende bei seiner täglichen Arbeit kein Raum mehr für eine eigenverantwortliche Tätigkeit bliebe. Die Mißachtung der gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren bei der Beschlußfassung geht daher zu Lasten des Personalrats, auch wenn der Dienststellenleiter die Kündigung vor Ablauf der Frist gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 ausspricht.

Die Frage, ob die Kündigung gleichwohl unwirksam ist, wenn der Dienststellenleiter von der fehlerhaften Beschlußfassung des Personalrats weiß, ist mit den oben dargelegten Erwägungen [1], daß die klare Zuordnung des Verfahrens der Beschlußfassung in die Rechtssphäre des Personalrats nicht durch die Einbeziehung subjektiver Kriterien seitens der Dienststelle unterlaufen werden darf, zu verneinen.

---

1) siehe oben S. 86 ff

2. Abschnitt Die Beteiligung des Personalrats bei der außerordentlichen Kündigung

§ 8 Überblick

I. Form und Inhalt

Gem. § 79 Abs. 3, Satz 1 ist der Personalrat vor fristlosen Entlassungen, außerordentlichen Kündigungen und vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeiters während der Probezeit anzuhören.

Wesentlich ist zunächst, daß in den genannten Fällen nur ein Anhörungsrecht des Personalrats besteht. Die Vorschriften des § 72 über das Beteiligungsverfahren bei der Mitwirkung [1] finden keine Anwendung. Zur Verfahrensregelung folgt aus § 79 Abs. 3, Satz 2 lediglich, daß der Dienststellenleiter die beabsichtigte Maßnahme dem Personalrat mitzuteilen und diesem gegenüber zu begründen hat. Die Begründung erfordert die Darlegung von Person, Grund und Termin der Kündigung, da der Personalrat nur dann zu einer fundierten Stellungnahme in der Lage ist. Die Mitteilung der Dienststelle kann mangels gesetzlicher Anordnungen mündlich wie schriftlich erfolgen. Der Personalrat muß demgegenüber eventuelle Bedenken schriftlich und zwar spätestens innerhalb von drei Arbeitstagen mitteilen (§ 79 Abs. 3, Satz 3). Trägt der Personalrat Bedenken vor, ist der Dienststellenleiter nach dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gehalten, diesen Bedenken bei seiner endgültigen Entscheidung möglichst Rechnung zu tragen.

Im Gegensatz zu den Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 [2] kommt solchem Vorbringen jedoch keine zwingende rechtliche Wirkung zu. So lösen Bedenken insbesondere auch nicht den Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 79 Abs. 2 aus, selbst wenn sie sich inhaltlich auf Einwen-

---

1) siehe oben S. 10 ff
2) siehe oben S. 23 ff

dungsgründe gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 beziehen, da Einwendungen in diesem Sinn nur bei der ordentlichen Kündigung möglich sind [1].

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Auswirkungen sich ergeben, wenn der Dienststellenleiter neben einer außerordentlichen Kündigung hilfsweise auch eine ordentliche Kündigung aussprechen will. Für die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung ist erforderlich, daß der Personalrat gem. § 79 iVm § 72 beteiligt wird. Der Personalrat hat insoweit seine Stellungnahme binnen sieben Arbeitstagen abzugeben. Will oder kann der Arbeitgeber mit der außerordentlichen Kündigung nicht so lange warten [2], bleibt ihm nur die Möglichkeit, die - hilfsweise - ordentliche Kündigung erst später vorzunehmen. Das gilt besonders dann, wenn der Personalrat Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 erhebt, die das weitere Mitwirkungsverfahren gem. § 79 Abs. 3 bis 6 bedingen, da dieses innerhalb der für die außerordentliche Kündigung geltenden Frist von zwei Wochen gem. § 626 Abs. 2, Satz 1 BGB nicht durchgeführt werden kann. Der gleichzeitige Ausspruch von außerordentlicher und ordentlicher Kündigung bei bestehenden Einwendungen des Personalrats ist somit auf Grund der besonderen Verfahrensausgestaltung im BPersVG nicht möglich. Die zum BetrVG aufgeworfene Frage, ob der Arbeitnehmer einen Weiterbeschäftigungsanspruch auch dann haben kann, wenn eine außerordentliche Kündigung mit einer hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung

---

1) vgl. Bitzer PersV 1975, 121(128); das gilt unstreitig auch für den Widerspruch gem. § 102 Abs. 3 BetrVG, vgl. Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 20; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 57; Meisel DB 1974, 138(141)

2) Zu beachten ist hier insbesondere die Zwei-Wochenfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB.

verbunden wird [1], stellt sich daher in dieser Form im Bereich des BPersVG nicht.

Fraglich kann nur sein, ob ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers dann entsteht, wenn nach einer außerordentlichen Kündigung später auch noch eine ordentliche Kündigung [2] erklärt wird, sofern die Voraussetzungen - Vorliegen von Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 und Kündigungsschutzklage [3] - gegeben sind. Richtig dürfte es sein, dem Arbeitnehmer einen Weiterbeschäftigungsanspruch erst dann zuzubilligen, wenn über die außerordentliche Kündigung entschieden ist [4]. Solange der Arbeitgeber in erster Linie die außerordentliche Kündigung geltend macht, erlangt die ordentliche Kündigung keine Bedeutung, sodaß der Arbeitnehmer aus den Einwendungen des Personalrats gegen die ordentliche Kündigung auch keine Rechte herleiten kann. Anderenfalls bliebe der Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, den der Arbeitgeber

---

1) Teilweise wird hierzu darauf abgestellt, daß der Arbeitgeber in erster Linie die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses erreichen will und aus diesem Grund ein Weiterbeschäftigungsanspruch verneint, vgl. Meisel DB 1974, 138(141); Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 67(75); ders. Rdnr. 147; Richardi ZfA 1972, Sonderheft S. 29. Die Gegenmeinung geht davon aus, daß der Arbeitgeber durch die Verbindung von außerordentlicher und ordentlicher Kündigung den Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses selbst so relativiert, daß der Schutz des Arbeitnehmers vorgehe und somit ein Weiterbeschäftigungsanspruch gegeben sei. Allein mit dem Hinweis auf eine Mißbrauchsüberprüfung sei der Arbeitnehmer zudem nicht wirksam dagegen geschützt, daß der Arbeitgeber durch die Verbindung beider Kündigungsarten die Rechte des Arbeitnehmers unterlaufe; zu dieser Meinung vgl. Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 20; Böhm DB 1973, 1641(1642); Weber DB 1973, 688(689); widersprüchlich Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 289/290.

2) Diese steht dann unter der Bedingung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung.

3) Der Arbeitnehmer kann die erneute Kündigung in den laufenden Kündigungsschutzprozeß einbeziehen oder auch eine weitere Klage erheben.

4) vgl. Hoechst AuR 1973, 328(335)

mit der außerordentlichen Kündigung vorbringt, zulasten des Arbeitgebers völlig außer Betracht. Da andererseits der Weiterbeschäftigungsanspruch im Zeitpunkt der Feststellung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung für die zurückliegende Zeit nicht mehr realisiert werden kann, verbleibt es insoweit bei dem reinen Lohnanspruch.

II. Der Adressat der Kündigung

Die Anhörung des Personalrats ist generell erforderlich bei der außerordentlichen Kündigung von Arbeitern und Angestellten. Demgegenüber differenziert das Gesetz zwischen Angestellten und Arbeitern während der Probezeit. Nur bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeiters während der Probezeit ist gem. § 79 Abs. 3, Satz 1 eine Anhörung des Personalrats erforderlich. Das Gesetz stellt diesen Fall ausdrücklich neben die Beteiligung bei einer außerordentlichen Kündigung.

Keine besondere Regelung hat die Beteiligung des Personalrats bei Kündigungen von Angestellten während der Probezeit erfahren. Daraus jedoch zu schließen, daß der Personalrat bei der Beendigung von Probearbeitsverhältnissen nur in Bezug auf Arbeiter zu beteiligen ist [1], erscheint verfehlt. Zwar ist den Materialien zu dieser Frage nichts zu entnehmen. Ein Blick in die Tarifverträge ergibt hingegen einige Anhaltspunkte. Für Arbeiter besteht neben der Vorschrift des § 59 MTB II - außerordentliche Kündigung - und der ordentlichen Kündigung gem. § 57 MTB II als weiterer Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Regelung in § 55 MTB II hinsichtlich der Beendigung während der Probezeit. Danach kann die Lösung des Arbeitsverhältnisses ohne Ein-

1) so DGB - PersVG S. 38; wohl auch Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 79, Anm. 27

haltung einer Kündigungsfrist und ohne Angabe eines Kündigungsgrundes von jeder Seite zum Schluß einer Arbeitsschicht erfolgen. Die besondere Nennung neben der ordentlichen und der außerordentlichen Kündigung im MTB II gibt der Einfügung in § 79 Abs. 3, Satz 1 daher den Sinn einer Klarstellung.
Demgegenüber ist in § 53 Abs. 1 BAT die Kündigung eines Angestellten während der Probezeit einmal unter dem Titel "ordentliche Kündigung" gefaßt, zum anderen an eine Zweiwochenfrist zum Monatsende gebunden. Die Regelung in § 54 BAT hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung kann nur als Gegensatz zur ordentlichen Kündigung in § 53 BAT allgemein, also auch zur Beendigung des Probearbeitsverhältnisses eines Angestellten verstanden werden. Von daher liegt es nahe, in den Begriff der außerordentlichen Kündigung in § 79 Abs. 3, Satz 1 die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Angestellten wie auch eines Angestellten auf Probe einzubeziehen. Eine besondere Anführung in § 79 Abs. 3, Satz 1 ist damit entbehrlich. Die außerordentliche Kündigung eines Angestellten während der Probezeit unterliegt also auch ohne ausdrückliche Nennung in § 79 Abs. 3, Satz 1 der Anhörung des Personalrats [1], während bei der ordentlichen Kündigung in diesen Fällen wie auch sonst die Mitwirkung gem. §§ 79, 72 gegeben ist [2].

---

1) Die Aussage von Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 79, Anm. 27, "Die Anhörung des Personalrats beschränkt sich auf die Fälle --- c) der Beendigung des Vertragsverhältnisses eines Arbeiters (nicht eines Angestellten) während der Probezeit; ---" ist nur insofern richtig, als die ordentliche Kündigung des Probearbeitsverhältnisses eines Angestellten der weitergehenden Mitwirkung gem. § 72 unterliegt.
2) anders z.B. das PersVG NW, wo gem. § 74 S. 1 vor jeder Beendigung eines Probearbeitsverhältnisses der Personalrat generell nur anzuhören ist, da eine Beschränkung auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeiters während der Probezeit nicht erfolgt ist; vgl. auch Havers § 74, Erl. 4

Fraglich ist, welche Bedeutung der Anhörung des Personalrats bei "fristlosen Entlassungen" zukommt. Es wird vertreten [1], daß damit die außerordentliche fristlose Kündigung im Gegensatz zur außerordentlichen befristeten Kündigung erfaßt werden soll [2]. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Begriff der außerordentlichen Kündigung von jeher sowohl die befristete wie die fristlose außerordentliche Kündigung umfaßt [3], sodaß es einer solchen Unterscheidung in § 79 Abs. 3, Satz 1 nicht bedurft hätte. Von der Terminologie des BPersVG her bietet sich vielmehr an, die Beteiligung bei fristlosen Entlassungen auf Beamte auf Probe oder Widerruf zu beziehen [4], da das BPersVG wie auch sonst das öffentliche Recht [5] in § 78 Abs. 1, Nr. 4 bei Beamten von Entlassungen, ansonsten in § 79 von Kündigungen spricht, wenn auch im allgemeinen Sprachgebrauch die Begriffe außerordentliche Kündigung, fristlose Kündigung, fristlose Entlassung oder fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses synonym verwandt werden mögen. Gegen die Verwendung des Begriffs Entlassung in § 79 Abs. 3, Satz 1 in dem vorbezeichneten Sinn spricht allerdings die systematische Stellung in § 79, der sich im übrigen nur auf Arbeiter oder Angestellte

---

1) vgl. Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 79, Anm. 27
2) Die außerordentliche befristete Kündigung gibt dem Dienststellenleiter die Möglichkeit, dem Betroffenen eine gewisse Frist einzuräumen, ohne dabei an gesetzliche oder tarifvertragliche Fristen gebunden zu sein. Sie steht rechtlich der außerordentlichen fristlosen Kündigung gleich.
3) vgl. Fitting-Heyer-Lorenzen § 70, Anm. 45; Engelhard-Ballerstedt § 78, Anm. 76; Ballerstedt § 54, Anm. 5
4) Ein Beamter auf Probe oder auf Widerruf kann gem. §§ 31 Abs. 1, Nr. 1, Abs. 4, 32 Abs. 1, Satz 2 BBG ohne Einhaltung einer Frist entlassen werden, wenn ein Verhalten vorliegt, das bei einem Beamten auf Lebenszeit eine im förmlichen Disziplinarverfahren zu verhängende Disziplinarmaßnahme zur Folge hätte. Die Feststellung der Voraussetzungen erfolgt in einer dem förmlichen Verfahren nachgebildeten Untersuchung gem. § 126 BDO, an der der Personalrat nicht zu beteiligen ist, da es sich nicht um ein förmliches Disziplinarverfahren handelt.
5) vgl. §§ 28 ff BBG

bezieht. Dieser Gesichtspunkt wird jedoch durch die Entstehungsgeschichte entkräftet. § 70 BPersVG '55 regelte in Abs. 1 unter anderem die Mitwirkung des Personalrats bei der Entlassung von Beamten auf Probe oder Widerruf und bei Kündigungen. In § 70 Abs. 3, Satz 1 BPersVG '55 hieß es sodann: "Fristlose Entlassungen bedürfen nicht der Mitwirkung des Personalrates." Diese Formulierung bezog sich nach allgemeiner Auffassung auf Arbeiter und Angestellte wie auch auf Beamte [1]. Die gleiche Systematik lag dem Entwurf des neuen BPersVG [2] in § 75 zugrunde, der ebenfalls die Beamten auf Probe oder Widerruf neben den Arbeitern und Angestellten erfaßte. In Abs. 3 der genannten Vorschrift erscheint dann folgerichtig die Beteiligung bei außerordentlichen Kündigungen wie bei fristlosen Entlassungen. Dieser Sinnzusammenhang ging im geltenden Gesetz dadurch verloren, daß die Kündigung von Arbeitern und Angestellten in § 79 gesondert geregelt wurde, während die Mitwirkung des Personalrats bei Entlassungen von Beamten auf Probe oder Widerruf nach § 78 Abs. 1, Nr. 4 erfolgt [3]. Wenn § 79 Abs. 3, Satz 1 wie § 75 Abs. 3, Satz 1 BPersVG '55 gleichwohl noch immer auch von fristlosen Entlassungen spricht, kann darin nur ein Redaktionsfehler gesehen werden, der durch die Trennung der Regelungen in Bezug auf Arbeiter und Angestellte und Beamte auf Probe oder Widerruf entstanden ist. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß sich die Beteiligung des Personalrats bei fristlosen Entlassungen gem. § 79 Abs. 3, Satz 1 auf Beamte auf Probe oder Widerruf bezieht, wenn auch festzustellen ist, daß die direkte Übernahme des Begriffs der "Entlassung ohne Einhaltung

---

1) vgl. Fitting-Heyer-Lorenzen § 70, Anm. 24; Dietz § 70, Anm. 45, 46
2) BT - Drucksache 7/176
3) Diese Fassung taucht erstmals im Antrag des Innenausschusses - BT - Drucks. 7/1339, S. 38 zu § 75 a - auf, ohne daß dem Bericht - BT - Drucks. 7/1373 - eine nähere Begründung zu entnehmen wäre.

einer Frist" nach § 31 Abs. 4 BBG [1] hier klarstellend gewirkt hätte.

§ 9 Die unterbliebene oder fehlerhafte Beteiligung des Personalrats

I. Die fehlende Beteiligung

Nach dem BPersVG '55 war der Personalrat gem. § 70 Abs. 3, Satz 2 bei fristlosen Entlassungen nur zu verständigen. Im Einzelfall konnte diese Verständigung auch nachträglich erfolgen [2]. Mit dem allgemeinen Gebot der Verständigung war dem Personalrat nur eine äußerst schwache Form der Beteiligung gegeben, deren Fehlen die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nicht in Frage stellte [3].

Die gleiche Rechtsfolge soll nach verschiedentlich geäußerter Ansicht auch bei der Verletzung des Anhörungsrechts des Personalrats gem. § 79 Abs. 3 gelten [4], obwohl § 79 Abs. 4 die Unwirksamkeit einer Kündigung anordnet, an der der Personalrat nicht beteiligt war. Nach dieser Ansicht bezieht sich § 79 Abs. 4 nur auf die ordentliche Kündigung.

Dem ist nicht zu folgen. § 79 Abs. 4 spricht von der Beteiligung des Personalrats. Der Gebrauch des übergeord-

---

1) so z.B. § 74 PersVG NW im Hinblick auf § 34 Abs. 1, Nr. 1, Abs. 4, § 35 Abs. 1, S. 2 LBG NW

2) Nach Fitting-Heyer-Lorenzen § 70, Anm. 46 war das sogar der Regelfall.

3) h.M.; vgl. Havers-Wenzel § 69, Anm. 58; Rewolle PersV 1972, 265 f

4) so Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 79, Anm. 31; wohl auch Hecker PersV 1975, 130(140);
Havers § 74, Erl. 5 versteht die dem § 79 Abs. 4 entsprechende Vorschrift des § 108 Abs. 2, die unmittelbar für alle Länder gilt, offensichtlich so, daß mit dem Begriff der "Beteiligung" nur Mitwirkung und Mitbestimmung, nicht aber die Anhörung gemeint sein sollen.

neten Begriffs "beteiligen" ergibt nur dann einen Sinn, wenn damit sowohl die Mitwirkung bei der ordentlichen Kündigung gem. § 79 Abs. 1 wie auch die Anhörung bei der außerordentlichen Kündigung gem. § 79 Abs. 3 gemeint ist. Anderenfalls hätte es näher gelegen, die Unwirksamkeitsfolge ausdrücklich an die fehlende Mitwirkung zu binden, um so den Bezug allein zu § 79 Abs. 1 herzustellen. Dementsprechend heißt es auch in der Begründung des Entwurfs zum BPersVG [1] zu § 75: "Nach Abs. 4 ist eine (ordentliche oder außerordentliche) Kündigung unwirksam, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist, ---" [2]. Dies entspricht auch der Tendenz des Gesetzgebers, das BPersVG soweit wie möglich dem BetrVG anzupassen [3], das in § 102 Abs. 1, Satz 3 BetrVG die Unwirksamkeit jeder - also auch der außerordentlichen- Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats anordnet [4]. Außerordentliche Kündigungen von Arbeitern und Angestellten sind daher ohne Anhörung des Personalrats gem. § 79 Abs. 4 unwirksam [5]. Das gilt auch für die Beendigung von Probearbeitsverhältnissen.
Anders ist die Rechtslage bei fristlosen Entlassungen von Beamten auf Probe oder Widerruf zu beurteilen. Bei

---

1) BT - Drucksache 7/176, S. 34
2) Auf der gleichen Linie lagen die Vorschläge der Verbände, die ebenfalls Regelungen empfahlen, wonach eine außerordentliche Kündigung unwirksam sein sollte, wenn die Anhörung fehlt, vgl. DBB § 71 Abs. 3, S. 2; auch DGB - Vorschläge § 71 Abs. 3, Satz 2 mit der Begründung, "wenn schon außerordentliche Kündigungen von Bediensteten nicht der Mitwirkung des Personalrats unterliegen, so muß doch sicher gestellt sein, daß der Personalrat vor jeder außerordentlichen Kündigung gehört wird".
3) vgl. BT-Drucksache 7/1373, S. 1
4) allg.M.; vgl. Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 2; Gnade-Kehrmann-Schneider § 102, Anm. 1; Etzel DB 1973, 1017
5) so auch Söllner AuR 1974, 193(201); Dietrich ZBR 1974, 113(119); Schneider Der Dt. Beamte 1974, 3

diesen besteht, wie dargelegt [1], zwar ein Anhörungsrecht des Personalrats gem. § 79 Abs. 3, die Unwirksamkeitsfolge ist in § 79 Abs. 4 jedoch auf Kündigungen beschränkt. Diese Beschränkung ergab sich deutlich aus § 75 des Entwurfs des BPersVG [2], der die Beteiligung des Personalrats bei Entlassungen und Kündigungen umfaßte, in Abs. 4 aber die Unwirksamkeit bei fehlender Beteiligung des Personalrats nur bei Kündigungen anordnete. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte in Gesetz und Materialien muß davon auch bei § 79 Abs. 4 ausgegangen werden, da allein die - nunmehr systemwidrige - Einordnung der fristlosen Entlassungen von Beamten auf Probe oder Widerruf keine andere Betrachtungsweise ermöglicht. Die fehlende oder seitens des Dienststellenleiters fehlerhafte Anhörung des Personalrats bei fristlosen Entlassungen von Beamten auf Probe oder Widerruf kann daher wie auch sonst bei beteiligungspflichtigen Verwaltungsakten nur zur Anfechtbarkeit des die Entlassung aussprechenden Verwaltungsaktes führen [3].

Die Anhörung des Personalrats muß wie die Mitwirkung bei der ordentlichen Kündigung [4] vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung [5] erfolgen. Das folgt einmal aus dem Wortlaut von § 79 Abs. 3; gem. § 79 Abs. 3, Satz 1 ist der Personalrat vor den genannten Maßnahmen zu hören. Weiter ordnet § 79 Abs. 3, Satz 2 an, daß der Dienststellenleiter die "beabsichtigte" Maßnahme dem Personalrat gegenüber zu begründen hat. Zum anderen kann nur so der auch mit der Anhörung verfolgte Zweck erreicht werden, durch die Äußerung von Bedenken und Gegenvor-

---

1) siehe S. 102 ff
2) BT - Drucksache 7/176
3) vgl. zu diesem Fragenkreis Engelhard-Ballerstedt §§ 72, 73, Anm. 27 ff mwN; Grabendorff ZBR 1960, 97 ff
4) siehe S. 8 ff
5) Gemeint sind damit alle Arbeiter und Angestellte betreffende Formen der Beendigung der Arbeitsverhältnisse nach § 79 Abs. 3.

stellungen den Arbeitgeber zur nochmaligen Überprüfung seiner Kündigungsabsicht zu veranlassen. Da dieser Zweck weder durch die Nachholung der Anhörung noch durch eine spätere Zustimmung des Personalrats erreicht wird [1], vermag eine solche Beteiligung des Personalrats die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung gem. § 79 Abs. 4 nicht zu heilen.

Fraglich ist jedoch bei der außerordentlichen Kündigung, inwieweit der Arbeitgeber bei besonders schwerwiegenden Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers auch ohne vorherige Anhörung des Personalrats handeln kann. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang etwa auf die Zerstörung des Betriebsgebäudes durch vorsätzliche Brandstiftung [2] oder auf den Fall, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nach dem Leben trachtet [3].

Dem Wortlaut des § 79 Abs. 3 ist zu wie auch immer gelagerten Ausnahmesituationen nichts zu entnehmen. Wenn es heißt "Vor --- außerordentlichen Kündigungen --- ist der Personalrat anzuhören", spricht dies vielmehr dafür, daß diese Pflicht des Arbeitgebers auch in Fällen wie den oben genannten besteht, wenn eine wirksame außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden soll. Eine Bestätigung dieser gesetzgeberischen Intention läßt sich § 102 Abs. 1, Satz 1 BetrVG entnehmen [4]. Dort heißt es: "Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören". Auch diese Regelung steht vom Wortlaut her der Annahme von Ausnahmen von der Anhörungspflicht entgegen.

In der Literatur zum BetrVG finden sich dennoch Stellung-

---

1) Es gelten die gleichen Erwägungen wie bei der Mitwirkung, siehe oben S. 52 ff.
2) Beispiel bei Etzel DB 1973, 1017(1019)
3) Beispiel bei Dietz-Richardi § 102, Anm. 51
4) Wie bereits mehrfach erwähnt, ist das BPersVG, insbesondere in den Regelungen hinsichtlich der Beteiligung bei Kündigungen, dem BetrVG weitgehend nachgebildet, so daß die vergleichende Heranziehung zulässig erscheint.

nahmen, die für Fälle wie den oben genannten die Ansicht vertreten, daß der Arbeitgeber außerordentliche Kündigungen auch ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats aussprechen könne [1]. Adomeit begründet diese Auffassung mit dem "allgemeingültigen" Gedanken des Eilfalls, der in § 100 BetrVG seinen Ausdruck gefunden habe [2]. Richardi [3] sieht in solchen Fällen eine "rechtsethische Notwendigkeit", von der - auch von ihm grundsätzlich als zwingend anerkannten - gesetzlichen Regelung abzuweichen. Er will danach unterscheiden, ob dem Arbeitgeber wegen des wichtigen Grundes jede Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unzumutbar ist, oder ob lediglich Tatsachen vorliegen, die die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist als unzumutbar erscheinen lassen. Im ersten Fall soll eine außerordentliche Kündigung auch ohne Anhörung des Betriebsrats wirksam sein.

Die Gegenmeinung [4] verweist auf den Wortlaut des § 102 Abs. 1, Satz 1 BetrVG, wonach der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören ist. Daraus wird der Schluß gezogen, daß der Gesetzgeber die Anhörung ausnahmslos für zumutbar hält. § 100 BetrVG beziehe sich seinem eindeutigen Inhalt und seiner systematischen Einordnung vor dem § 102 BetrVG nach nur auf Maßnahmen im Sinne des § 99 Abs. 1, Satz 1 BetrVG, also Einstellungen, Eingruppierungen, Umgruppierungen und Versetzungen. Eine auch nur analoge Anwendung auf § 102 BetrVG scheide damit aus.

---

1) vgl. Adomeit DB 1971, 2360(2362); ders. BB 1972, 53 (55); Galperin S. 127, FN 3; Heckelmann ZfA 1973, 425(490); Richardi ZfA 1972, Sonderheft S. 24 f; Dietz-Richardi § 102, Anm. 51
2) vgl. Adomeit DB 1971, 2360(2362); ders. BB 1972, 53(55)
3) vgl. Richardi ZfA 1972, Sonderheft S. 25; siehe auch Dietz-Richardi § 102, Anm. 51
4) vgl. Etzel DB 1973, 1017(1018); Gumpert BB 1972, 47 (48 FN 3a); Hanau ZfA 1972, Sonderheft S. 71, 75; ders. BB 1972, 451(455); Maus § 1, Anm. 262c; Gnade-Kehrmann-Schneider § 102, Anm. 2

Die dem § 100 BetrVG gedanklich entsprechende Vorschrift ist § 69 Abs. 5. Danach kann der Leiter der Dienststelle bei Maßnahmen, die der Natur der Sache nach keinen Aufschub dulden, bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Regelungen treffen [1]. Diese Bestimmung ist im BPersVG der Verfahrensregelung der Mitbestimmung in § 69 zugeordnet. Über § 72 Abs. 6 gilt sie entsprechend für Maßnahmen, die der Mitwirkung unterliegen. Für die außerordentliche Kündigung fehlt eine derartige Verweisung in § 79 Abs. 3. Diese gesetzliche Ausgestaltung spricht neben dem Wortlaut des § 79 Abs. 3 gegen die Möglichkeit, eine außerordentliche Kündigung in einzelnen Fällen auch ohne vorherige Anhörung des Personalrats wirksam aussprechen zu können. Der Gesetzgeber hat mögliche Konfliktsituationen, die durch die Verzögerung einer Maßnahme auf Grund der Beteiligung des Personalrats drohen, gesehen, wie aus § 69 Abs. 5 folgt. Dies ist für den Arbeitgeber bei Angelegenheiten, die der Mitbestimmung oder Mitwirkung unterliegen, von besonderer Bedeutung, da beide Beteiligungsverfahren sich unter Umständen lange hinziehen [2]. Bei der außerordentlichen Kündigung hat sich der Gesetzgeber für die verfahrensmäßig wenig ausgestaltete Form der Anhörung entschieden. Die Äußerungsfrist des Personalrats beträgt maximal drei Tage, im übrigen hat er "unverzüglich" Stellung zu nehmen. Das Gesetz geht daher offensichtlich davon aus, daß eine so gestaltete beschleunigte Beteiligung des Personalrats bei der außerordentlichen Kündigung mit den Belangen des Arbeitgebers zu vereinbaren ist, ohne daß darüber hinaus eine Ausnahmeregelung erforderlich wäre. Bei dieser Sachlage ist entgegen Adomeit auch bei schwer-

---

1) § 69 Abs. 5, Satz 2 besagt weiterhin, daß die vorläufige Regelung dem Personalrat mitzuteilen und zu begründen und unverzüglich das eigentliche Mitbestimmungsverfahren einzuleiten oder fortzusetzen ist.

2) siehe dazu § 69 Abs. 2 bis 4; auch S. 10 ff

wiegenden Fällen jedenfalls nicht anzunehmen, daß die außerordentliche Kündigung selbst ohne Anhörung des Personalrats wirksam vorgenommen werden kann. Die gleichen Erwägungen sprechen gegen den von Richardi [1] angeführten Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit der Anhörung. Auf Grund des Fehlens einer Ausnahmeregelung muß die Anhörung vor einer außerordentlichen Kündigung stets als zumutbar angesehen werden [2]. Die Rechtsprechung des BAG zu § 66 BetrVG '52 [3] hat zwar mit dem Begriff der Zumutbarkeit gearbeitet. So nahm das BAG zunächst an, die Anhörung des Betriebsrats bei der außerordentlichen Kündigung sei in der Regel nicht möglich oder zumutbar [4]. Später ging die Ansicht des BAG dahin, auch bei der außerordentlichen Kündigung grundsätzlich eine Anhörungspflicht zu bejahen, es sei denn, eine Anhörung des Betriebsrats sei ausnahmsweise nicht möglich oder zumutbar [5]. Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich somit die Tendenz zur Verstärkung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats, ohne daß jedoch - anders als bei der ordentlichen Kündigung [6] - die Folge der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung bei fehlender Anhörung angenommen wurde. Wenn nunmehr der Gesetzgeber im BetrVG wie im BPersVG das Beteiligungsrecht der Betriebsräte bzw. der Personalvertretungen über die Rechtsprechung des BAG hinausgehend dahin ausgebaut hat, daß die fehlende Anhörung generell zur Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung führt, geht es nicht an, über den Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit die Beteili-

---

1) Richardi ZfA 1972, Sonderheft S. 25
2) so im Ergebnis auch Etzel DB 1973, 1017(1018) zu § 100 BetrVG
3) Zum früheren § 70 Abs. 3 BPersVG '55 stellte sich das Problem nicht, da danach der Personalrat nur zu verständigen war, ohne daß sich Auswirkungen auf die außerordentliche Kündigung ergaben.
4) vgl. BAG AP Nr. 1, 16, 17 zu § 66 BetrVG '52
5) vgl. BAG E 13, 287(290); BAG AP Nr. 27 zu § 66 BetrVG '52
6) vgl. BAG AP Nr. 30 zu § 66 BetrVG '52

gungsrechte der Personalvertretungen wiederum zu beschneiden. Es wäre mit der eindeutigen gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren, im Ergebnis - abgesehen von der Folge der Rechtsunsicherheit im Einzelfall - die außerordentliche Kündigung und damit die Beteiligung des Personalrats in zwei Klassen aufzuteilen, woraus sich dann in einem Fall die Unwirksamkeit, im anderen die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung bei fehlender Anhörung ergäbe.

Es ist somit als Ergebnis der bisherigen Betrachtungen festzuhalten, daß der Arbeitgeber auch in schwerwiegenden Fällen eine außerordentliche Kündigung nur nach vorheriger Anhörung des Personalrats aussprechen kann. Daraus muß jedoch nicht notwendig gefolgert werden, daß er in solchen Situationen nicht schon vorher Maßnahmen ergreifen kann, um etwa drohende Gefahren zu beseitigen. Als eine solche Möglichkeit bietet sich die sofortige Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit an [1]. Eine derartige Freistellung erlaubt dem Arbeitgeber, einer unmittelbaren Gefährdung des Betriebs oder von Betriebsangehörigen entsprechend umgehend zu begegnen. Auf der anderen Seite wird mit der danach durchzuführenden Anhörung des Personalrats dessen Rechten voll genügt, da die endgültige Maßnahme - die außerordentliche Kündigung - noch nicht erfolgt ist. Dieser vorläufige Charakter der Freistellung entspricht auch § 69 Abs. 5, wenn man diesen Gedanken heranziehen will, der ausdrücklich von "vorläufigen Maßnahmen" spricht [2].

---

1) so grundsätzlich auch die überwiegende Meinung zum BetrVG; vgl. Hanau BB 1972, 451(455); Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 74; Müller S. 9 ff; Etzel DB 1973, 1017(1019); Dietz-Richardi § 102, Anm. 52; Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 3; Meisel S. 145 f; ders. BB 1974, 139; Stege-Weinspach S. 377f; Brecht § 102, Anm. 2; Buchner DB 1976, 532(535)

2) Diese Einschränkung wird von Adomeit DB 1971, 2360 (2362) allerdings zu § 100 BetrVG nicht vorgenommen.

Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß schon die Freistellung von der Arbeit ein erheblicher Eingriff in das Arbeitsverhältnis mit einer stark präjudizierenden Wirkung bedeutet. Eine derartige Maßnahme ist daher nur in besonders schwerwiegenden Fällen zulässig [1], wie etwa in den genannten Beispielen der Zerstörung des Betriebsgebäudes oder der Bedrohung des Lebens eines Betriebsangehörigen.

Bei einer zulässigen Freistellung von der Arbeit stellt sich dann die Frage nach dem Lohnanspruch des Arbeitnehmers bis zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung nach Anhörung des Personalrats.
Grundsätzlich besteht Einigkeit darin, daß durch die Suspendierung eines Arbeitsverhältnisses die Pflicht zur Lohnfortzahlung nicht entfällt [2]. Dieser Grundsatz soll nach einer vielfach vertretenen Auffassung jedoch dann nicht gelten, wenn der Arbeitnehmer durch sein Verhalten die Freistellung schuldhaft veranlaßt hat und daher eine Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber nach Treu und Glauben unzumutbar geworden ist [3]. Meisel [4] hält eine Forderung des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlung in diesen Fällen für rechtsmißbräuchlich.
Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. § 626 Abs. 1 BGB gibt die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, wenn auf Grund der Gesamtumstände die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden

---

1) so auch Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 3; Etzel DB 1973, 1017(1019); wohl auch Hanau BB 1972, 451 (455); anders Dietz-Richardi § 102, Anm. 52, wonach der Arbeitgeber in jedem Fall der Berechtigung zur außerordentlichen Kündigung die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sofort einstellen können soll
2) vgl. Hueck-Nipperdey Bd. I, S. 386; Nikisch Bd. I, S. 516
3) vgl. Hanau BB 1972, 451(455); Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 74; Stege-Weinspach S. 377; Meisel S. 145 f
4) Meisel S. 145

kann. Wird eine wirksame außerordentliche Kündigung ausgesprochen, erlischt damit auch der Lohnanspruch des Arbeitnehmers. Nach § 79 Abs. 3 und 4 ist aber Voraussetzung für eine wirksame außerordentliche Kündigung die vorherige Anhörung des Personalrats. Stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schon vorher von der Arbeit frei, gerät er, da das Arbeitsverhältnis noch besteht, in Annahmeverzug [1]. Auf den Grund der Freistellung kommt es dabei nicht an [2], so daß das Begehren des Arbeitnehmers auch nicht als rechtsmißbräuchlich bezeichnet werden kann. Läßt man dieser gesetzlichen Regelung zuwider neben der Freistellung auch den Lohnanspruch des Arbeitnehmers entfallen, bliebe von dem Arbeitsverhältnis nur eine hohle Schale übrig, da seine Hauptpflichten schon vor der außerordentlichen Kündigung beseitigt worden wären. Etzel [3] spricht daher zu Recht davon, daß eine Freistellung unter Wegfall der Lohnzahlungspflicht den Arbeitgeber praktisch so stellen würde wie nach einer wirksamen außerordentlichen Kündigung und damit zu einer Umgehung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats/Personalrats führen müßte [4].

Solange der Arbeitgeber mangels Anhörung des Personalrats nicht wirksam kündigen kann, bleibt er gem. § 615 BGB zur Lohnfortzahlung verpflichtet. Auf diese Verpflichtung hat das Recht zur Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit in bestimmten schwerwiegenden Fällen keinen Einfluß. Nur dieses Ergebnis entspricht der

---

1) Die Entscheidung des ArbG Herford DB 1973, 385, nach der die Freistellung ohne Bezahlung möglich sein soll, steht dem nicht entgegen, da es sich dabei um einen Fall beharrlicher Arbeitsverweigerung handelte, so daß der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug geraten konnte.

2) vgl. Palandt vor § 293 BGB

3) Etzel DB 1973, 1017(1019); auch Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 3

4) Dem verbleibenden substanzentleerten "rechtlichen Band" des Arbeitsverhältnisses vermag entgegen Müller S. 13 keine entscheidende Bedeutung zuzukommen.

Bedeutung der Beteiligung des Personalrats gem. § 79 Abs. 3.

II. Die fehlerhafte Beteiligung

Bei der Anhörung des Personalrats vor einer außerordentlichen Kündigung können sowohl der Dienststelle wie der Personalvertretung Fehler unterlaufen. Das im Gegensatz zur Mitwirkung bei der ordentlichen Kündigung gesetzlich weniger ausgeformte Anhörungsverfahren gebietet jedoch nicht, die Folgen fehlerhaften Verhaltens sei es der Dienststelle, sei es seitens des Personalrats anders zu behandeln als bei der Mitwirkung [1].

Auch hier muß für die Dienststelle der zuständige Vertreter handeln. Dieser muß sich an die zuständige Personalvertretung wenden und insbesondere seiner Informationspflicht im Hinblick auf Person, Termin und Gründe der Kündigung nachkommen, da das Ziel der Beteiligung in der Form der Anhörung ebenfalls darin liegt, dem Personalrat die Möglichkeit zu geben, mit einer fundierten Stellungnahme die Entscheidung der Dienststelle, in deren Verantwortungsbereich die Kündigung letztlich fällt, zu beeinflussen. Eine Anhörung des Personalrats ist erst dann gegeben, wenn der Dienststellenleiter seinen so umrissenen Pflichten nachgekommen ist. Fehler der Dienststelle ziehen demnach die Folge der Unwirksamkeit gem. § 79 Abs. 4 nach sich.

Hat der Dienststellenleiter seine Pflicht zur Anhörung erfüllt, kann er die außerordentliche Kündigung spätestens nach Ablauf von drei Arbeitstagen (§ 79 Abs. 3, Satz 3) wirksam aussprechen.

Erhält er vor Ablauf der Frist eine Stellungnahme des Personalrats, ist eine außerordentliche Kündigung schon

---

1) Auf Einzelheiten der folgenden Ausführungen kann daher auf S. 57 ff verwiesen werden.

vor Ablauf der Frist des § 79 Abs. 3, Satz 3 möglich. Ist die Stellungnahme des Personalrats mit Fehlern behaftet, unterliegen diese, unabhängig davon, ob sie durch das Verhalten des Vorsitzenden, der ohne oder entgegen einen Personalratsbeschluß handelt, oder ob sie durch Mängel im Beschlußverfahren verursacht wurden, allein dem Verantwortungs- und Zuständigkeitsbereich der Personalvertretung. Derartige Fehler können nicht zu der Annahme führen, daß der Dienststellenleiter den Personalrat nicht beteiligt hat. Dieses Ergebnis folgt aus der gesetzlichen Ausgestaltung der Rechte des Personalrats. Er ist in der Ausübung der Beteiligung nur sich selbst und damit letztlich den Arbeitnehmern gegenüber verantwortlich, ohne daß dem Dienststellenleiter das Recht zustände, in diesen Bereich in irgendeiner Form regelnd oder kontrollierend einzugreifen.
Ein weiteres Indiz für diese Auffassung findet sich in den Fristregelungen des § 79 Abs. 3, Satz 3 wie des § 72 Abs. 2, Satz 1. Danach geht es zu Lasten des Personalrats und damit zugleich zu Lasten des betroffenen Arbeitnehmers, wenn der Personalrat aus welchen Gründen auch immer von der Möglichkeit der Beteiligung keinen Gebrauch macht. Dieser gesetzlichen Wertung entspricht es, auch der fehlerhaften Wahrnehmung des Beteiligungsrechts durch den Personalrat bei einer Stellungnahme keine Auswirkung auf die Maßnahmen der Dienststelle zuzuerkennen.
Die auf Grund objektiv feststellbarer Verantwortungsbereiche erfolgte Unterscheidung zwischen Fehlern der Dienststelle, die zur Unwirksamkeit einer Kündigung führen, und Fehlern des Personalrats, die diese Folge nicht auslösen, gilt auch dann, wenn der Dienststellenleiter von den Fehlern des Personalrats weiß oder wissen könnte. Die Einbeziehung subjektiver Elemente auf der Seite der Dienststelle würde bedingt durch deren Zufälligkeiten zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten führen.

Hat der Dienststellenleiter also dem Personalrat die Möglichkeit der Beteiligung gegeben, kann er die außerordentliche Kündigung unabhängig von Fehlern auf seiten des Personalrats wirksam aussprechen.

3. Abschnitt Die Beteiligung des Personalrats und individueller Kündigungsschutz

§ 10 Die Beteiligung des Personalrats und § 1 Abs. 2, Satz 2 KSchG

Durch § 123 BetrVG war in § 1 Abs. 2 KSchG ein neuer Satz 2 eingefügt worden, nach dem die Kündigung bei einem Widerspruch des Betriebsrats ferner sozial ungerechtfertigt war, wenn die mit § 102 Abs. 3, Nr. 2 bis 5 BetrVG übereinstimmenden Voraussetzungen des § 1 Abs. 2, Satz 2, Nr. 1 bis 4 KSchG vorlagen. Bedingt durch die Neufassung der Mitwirkung des Personalrats bei Kündigunggen in § 79 nahm § 114 BPersVG eine erneute Änderung des § 1 Abs. 2 KSchG vor.
§ 1 Abs. 2, Satz 2, Nr. 1 a und b KSchG beziehen sich nunmehr inhaltlich auf einen Widerspruch gem. § 102 Abs. 3, Nr. 2 und 3 BetrVG. § 1 Abs. 2, Satz 2, Nr. 2 a und b KSchG entsprechen den Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 2 und 3 BPersVG. § 1 Abs. 2, Satz 3 KSchG erklärt Satz 2 für entsprechend anwendbar bei der Möglichkeit der Weiterbeschäftigung nach Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder unter geänderten Arbeitsbedingungen, wenn der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat. § 1 Abs. 2, Satz 3 KSchG umfaßt damit die Einwendungen gem. § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 4 und 5 BPersVG wie die Widerspruchsgründe gem. § 102 Abs. 3, Nr. 4 und 5 BetrVG. Im Ergebnis bedeutet die Neufassung des § 1 Abs. 2 KSchG keine materielle Änderung der schon durch § 123 BetrVG geschaffenen Rechtslage, sondern nur die Einbeziehung der Einwendungen nach dem BPersVG [1].

Hat der Personalrat gem. § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 2 bis 5 berechtigte Einwendungen erhoben, ist die Kündigung gem.

---

1) Allerdings ist mit Söllner AuR 1974, 193(202) zu fragen, ob eine derartig verklausulierte Gesetzesfassung unbedingt sinnvoll und erforderlich ist.

§ 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 sozial ungerechtfertigt. Damit stellt sich hinsichtlich der Einwendungen nach dem BPersVG die schon vorher zum BetrVG vielfach diskutierte Frage, in welchem Verhältnis § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG und § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG zueinander stehen. Auf den ersten Blick liegt die Annahme nahe, daß die Hinzufügung der Sätze 2 und 3 bei unverändertem Satz 1 des § 1 Abs. 2 KSchG nur eine Verbesserung der Stellung des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozeß zur Folge haben kann. Da aber nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG die § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 2 bis 5 entsprechenden Gesichtspunkte ausdrücklich mit den Einwendungen des Personalrats verbunden worden sind, diese Gründe jedoch überwiegend schon bisher zur Sozialwidrigkeit einer Kündigung führten, ohne daß es auf die Stellungnahme des Personalrats ankam [1], könnte die Neufassung des § 1 Abs. 2 KSchG auch eine Einschränkung des Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers zur Folge haben.

Diese Bedeutung wurde teilweise schon der Neufassung des § 1 Abs. 2, Satz 2 KSchG durch § 123 BetrVG beigemessen [2]. Diese Auffassung stützt sich zunächst auf den dargestellten Wortlaut des § 1 Abs. 2 KSchG. Weiterhin wird vorgebracht, daß § 102 Abs. 3 BetrVG [3] diejenigen Widerspruchsgründe umfasse, die der Betriebsrat wegen seiner Übersicht und größeren Sachkenntenis in Bezug auf die betrieblichen Möglichkeiten besser geltend machen könne [4]. Der kollektive Bezug erlange besonderes Gewicht bei den Widerspruchsgründen, die ihrem Inhalt nach

---

1) siehe oben S. 29 f, 32 f
2) vgl. LAG Hamm DB 1973, 482; ArbG Bremerhafen vom 8.6.1972 -1 Ca 202/72- zitiert nach Etzel BlStSozArbR 1973, 259(260); Blomeyer S. 152 f; Gumpert BB 1972, 47(50); Meisel DB 1972, 1675(1679); ders. S. 187 f; Wagener BB 1972, 1373(1374)
3) entsprechend § 79 Abs. 1, Satz 3 BPersVG
4) so auch BT - Drucksache VI/1786, S. 52 zum BetrVG

der Mitbestimmung gem. § 99 BetrVG unterliegen [1]. Teilweise wird darauf abgestellt, daß bei fehlendem Widerspruch der Betriebsrat praktisch seine Zustimmung verweigere [2], andere befürchten eine Umgehung des Mitbestimmungsrechts, wenn "im Wege der Kündigungsschutzklage eine Versetzung ohne vorherige Einschaltung des Betriebsrats erzwungen werden könnte" [3]. Von der Gesetzessystematik her könnten die Gründe für eine Weiterbeschäftigung nach § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG nicht einmal selbständig die Sozialwidrigkeit der Kündigung begründen, zum anderen aber gleichzeitig zur Verneinung des dringenden betrieblichen Erfordernisses nach § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG herangezogen werden [4]. Die Anführung der Tatbestände in § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG wäre dann überflüssig und ohne jeden Sinn, da diese Regelung nur dann eingreifen würde, wenn die Versetzung in einen anderen Betrieb oder ein Verstoß gegen eine Auswahlrichtlinie in Frage stünde [5]. Für diese Ansicht spreche auch, daß der Gesetzgeber den Gesichtspunkt der sozialen Auswahl [6] gerade nicht in § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG übernommen habe, insoweit also die uneingeschränkte Überprüfung durch das Arbeitsgericht nach wie vor möglich sei [7]. Schließlich könne der Hinweis in § 1 Abs. 2, Satz 2 KSchG, daß die Kündigung "ferner" sozialwidrig sei, nur so verstanden werden, daß § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG die Fälle des § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG gerade nicht

---

1) Das gilt auch für das BPersVG, wo der Personalrat gem. § 75 Abs. 1, Nr. 2 und 3, Abs. 3, Nr. 7 mitzubestimmen hat.
2) so Meisel DB 1972, 1675(1679)
3) so Gumpert BB 1972, 47(50)
4) so LAG Hamm DB 1973, 482(483)
5) so LAG Hamm wie vor; Wagener BB 1972, 1373(1374)
6) § 102 Abs. 3, Nr. 1 BetrVG; § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 1 BPersVG
7) vgl. LAG Hamm DB 1973, 482(484); Wagener BB 1972, 1373(1374)

umfaßt [1)2)].

Im Ergebnis führt diese Auffassung also dazu, daß die in § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG genannten Gründe die Sozialwidrigkeit einer Kündigung nur dann begründen können, wenn der Personalrat Einwendungen erhoben bzw. der Betriebsrat Widerspruch eingelegt hat.

Dem kann jedoch mit der wohl überwiegenden Meinung [3)] jedenfalls insoweit nicht gefolgt werden, als die Gründe in § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG schon bislang im Rahmen des § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG berücksichtigt worden sind. Zu den Tatbeständen, die schon früher ein dringendes betriebliches Erfordernis ausschließen konnten, gehören die Gründe in § 1 Abs. 2, Satz 3 KSchG und § 1 Abs. 2, Satz 2, Nr. 1 b und 2 b KSchG, also die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung nach Um- oder Fortbildungsmaßnahmen zu veränderten Vertragsbedingungen und an einem anderen Arbeitsplatz mit Ausnahme der Einbeziehung der Weiterbeschäftigung auch in einem anderen Betrieb des Unternehmens bzw. einer anderen Dienststelle [4)].

Um diese Gesichtspunkte aus der allgemeinen Interessenabwägung nach § 1 Abs. 2, Satz 1 und Abs. 3 KSchG herauszunehmen, reichen Hinweise auf den Wortlaut des § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG und rein formallogische Überlegun-

---

1) so LAG Hamm DB 1973, 482(483); Meisel DB 1972, 1675 (1679); ders. S. 188

2) Für die Vertreter dieser Auffassung dürfte die Änderung des Wortes "ferner" in "auch" durch § 114 BPersVG ohne Belang sein.

3) vgl. BAG DB 1973, 2534; Brede BlStSozArbR 1973, 17 (18); Dietz-Richardi § 102, Anm. 124; Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 14; Gift ZfA 1974, 123(134 ff); Gnade-Kehrmann-Schneider § 102, Anm. 11; Hanau BB 1972, 451(454); ders. RdA 1973, 281(289); -anders noch ders. BB 1971, 485(489)-; Heckelmann ZfA 1973, 425 (492 f); Hueck Einl. V, 3a, hh, h7 und § 1, Anm. 73 ff; Kitzelmann BuV 1972, 209(216 f); ders. AuR 1973, 302 (304 f); Löwisch DB 1975, 349(350); Otto DB 1972, 731; ders. DB 1973, 671; ders. SAE 1975, 5ff; Richardi ZfA 1972 Sonderheft S. 31 f; Schaub S. 525

4) siehe oben S. 32

gen nicht aus. Vielmehr sind, besonders bei der Annahme, daß nicht festzustellen sei, ob dem Gesetzgeber die Verknüpfung des Kündigungsschutzes mit kollektivrechtlichen Gesichtspunkten bewußt war [1], Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der Gesetzesänderung mit einzubeziehen.

Zunächst ergibt sich bei näherer Betrachtung, daß der Wortlaut von § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG nicht notwendig im Sinne der hier abgelehnten Einschränkung des Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers verstanden werden muß. Die Generalklausel des § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG setzte bislang eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber voraus [2], die keineswegs auf die nunmehr in § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG übernommenen Gesichtspunkte beschränkt war [3]. Zu denken wäre dabei seitens des Arbeitnehmers an die Dauer der Betriebszugehörigkeit, Alter und Familienstand, seitens des Arbeitgebers an besondere betriebstechnische oder wirtschaftliche Gegebenheiten. Greift nun der Gesetzgeber in § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG einige besonders wichtige Gesichtspunkte heraus und erklärt eine Kündigung allein bei deren Vorliegen für sozialwidrig, wenn als weitere Voraussetzung der Personalrat aus einem dieser Gründe Einwendungen erhoben hat, so läßt sich daraus folgern, daß dann die sonst nach § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG erforderliche umfassende Interessenabwägung entfallen soll [4]. Es handelt sich dann um einen absoluten Grund für die Sozialwidrigkeit einer Kündigung [5]. Das bedeutet aber gleichzeitig, daß beim Fehlen der Einwendungen die in § 1 Abs. 2, Satz 2

---

1) so ausdrücklich LAG Hamm DB 1973, 482/483
2) vgl. BAG E 1, 117(119 f); 9, 36(43 f)
3) siehe auch § 1 Abs. 3 KSchG
4) vgl. BAG DB 1973, 2534(2536); Brede BlStSozArbR 1973, 17(18); Dietz-Richardi § 102, Anm. 124; Hueck § 1, Anm. 75; Müller S. 132 ff; Otto DB 1973, 671; Richardi ZfA 1972, Sonderheft S. 31 f
5) vgl. BAG DB 1973, 2534(2536)

und 3 KSchG genannten Gesichtspunkte nicht schlicht entfallen, sondern ihre Bedeutung im Rahmen der Gesamtwürdigung nach § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG behalten [1]. Bei dieser Auslegung des Wortlauts des § 1 Abs. 2 KSchG ist durchaus sinnvoll, daß § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 1 nicht in § 1 Abs. 2, Satz 2 KSchG übernommen worden ist, da dort gerade auf die umfassende Interessenabwägung bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers abgestellt wird. Der Hinweis in § 1 Abs. 2, Satz 2 KSchG, daß die Kündigung unter den genannten Voraussetzungen "auch" sozialwidrig ist, versteht sich dann als zusätzliche, nicht als einschränkende Möglichkeit der Sozialwidrigkeit einer Kündigung.

Diese Auffassung wird unterstützt durch die Aussage in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 124 BetrVG [2], wo es zur Änderung des KSchG heißt: "Die Vorschrift stellt in Erweiterung des bisherigen § 1 Abs. 2 des Kündigungsschutzgesetzes klar, daß die Kündigung stets (!) sozial ungerechtfertigt ist, wenn einer (!) dieser Widerspruchsgründe vorliegt und vom Betriebsrat frist- und formgerecht geltend gemacht worden ist."
Die Erleichterung für den Arbeitnehmer, die sich daraus ergibt, daß bei Einwendungen des Personalrats einer der Gründe in § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG für die Sozialwidrigkeit der Kündigung ausreicht, entspricht ersichtlich der Tendenz des Gesetzgebers, wenn mehrfach die

---

1) vgl. das Beispiel von Müller S. 134: besteht eine Versetzungsmöglichkeit und liegt ein Widerspruch des Betriebsrats vor, ist die Kündigung gem. § 1 Abs. 2, Satz 2 KSchG auf jeden Fall sozialwidrig, während die Abwägung nach § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG bei fehlendem Widerspruch gleichwohl ergeben kann, daß die Interessen des Arbeitgebers an einer Kündigung überwiegen

2) BT - Drucksache VI/1786, S. 59; § 124 wurde als § 123 BetrVG in das geltende Gesetz übernommen. Darauf kann hier verwiesen werden, da die Regelungen des BPersVG im Hinblick auf die Kündigungen dem BetrVG weitestgehend angepaßt sind.

Rede davon ist, daß die neuen Widerspruchsgründe eine Verbesserung des Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers darstellen [1]. Demgegenüber kann der Hinweis auf die Aussage der Materialien zum BetrVG [2], daß die Widerspruchsgründe vom Betriebsrat besser geltend gemacht werden können, kaum so verstanden werden, daß ihre Einbeziehung in den Kündigungsschutzprozeß allein vom Verhalten des Personalrats/Betriebsrats abhängig gemacht werden sollte. Da die größere Sachkenntnis und der vollständigere Überblick des Personalrats gerade im Bereich der von den Einwendungen erfaßten Sachfragen zumindest auch der Unterstützung des betroffenen Arbeitnehmers dienen, ist damit unvereinbar, dem Arbeitnehmer insoweit den Kündigungsschutz völlig zu nehmen, wenn der Personalrat aus welchen Gründen auch immer keine Einwendungen erhebt [3].

Mit der hier vertretenen Auffassung wird zudem das wenig befriedigende Ergebnis vermieden, daß bislang anerkannte Gründe der Sozialwidrigkeit einer Kündigung für die Arbeitnehmer entfallen, bei denen der Personalrat keine Einwendungen erheben kann, weil er nicht besteht oder weil diese Arbeitnehmer nicht seiner Zuständigkeit unterliegen [4][5]. Ein begründeter Anhaltspunkt für die

---

1) siehe dazu BT - Drucksache VI/2729, S. 7; BT - Drucksache VI/1786, S. 32; vgl. auch BAG DB 1973, 2534 (2535); Hueck § 1, Anm. 75; Kitzelmann AuR 1973, 302 (304); Otto DB 1973, 671

2) vgl. BT - Drucksachen wie FN 1

3) vgl. BAG DB 1973, 2534(2535); Löwisch DB 1975, 349 (350) spricht in diesem Zusammenhang zutreffend von der Hilfsfunktion des Betriebsrats

4) siehe §§ 79 Abs. 1, Satz 2, 77 Abs. 1, Satz 2 BPersVG, entsprechend § 5 Abs. 3 BetrVG für die leitenden Angestellten; daß auch das BAG diesen Personenkreis, auf den über § 14 KSchG § 1 KSchG Anwendung findet, nicht schlechter stellen will, kann der Entsch. BAG DB 1974, 438 entnommen werden, in der es die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung eines leitenden Angestellten in die Beurteilung der Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG mit einbezog, ohne dabei allerdings auf § 1 Abs. 2, Satz 2 KSchG einzugehen.

5) so aber LAG Hamm DB 1973, 482(483); Gumpert BB 1972,

(weiter S. 124)

Einschränkung des Kündigungsschutzes dieses Personenkreises läßt sich nicht feststellen. Vielmehr läge in einer solchen Differenzierung der Gründe für die Sozialwidrigkeit einer Kündigung ein sachfremdes und willkürliches Vorgehen, aus dem die Verletzung von Art. 3 GG gefolgert werden müßte [1]. Die Auslegung des Wortlauts einer Bestimmung, die zur Verfassungswidrigkeit führen würde, kann aber nicht als im Sinne des Gesetzgebers liegend angesehen werden.

Soweit ein Personalrat gebildet ist, spricht gegen eine Einschränkung des Kündigungsschutzes durch § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG weiter die Überlegung, daß damit eine Abhängigkeit des Arbeitnehmers von dem Verhalten des Personalrats hergestellt würde, die der Rechtslage nach den §§ 84 ff Betriebsrätegesetz 1920 ähnlich wäre [2]. Danach war dem Arbeitnehmer ein weiteres Vorgehen gegen die Kündigung nicht möglich, wenn der Betriebsrat seinen Einspruch gegen die Kündigung für unbegründet hielt. Diese Sperrfunktion wurde jedoch durch die Einführung des KSchG beseitigt, wonach eine ordentliche Kündigung unabhängig von der Stellungnahme des Betriebsrats/Personalrats auf ihre soziale Rechtfertigung hin untersucht werden kann [3]. Die Annahme einer wiederum gegenläufigen Entwicklung erscheint bei dem unwidersprochen gültigen System des individuellen Kündigungsschutzes nicht gerechtfertigt [4].

47(51); Meisel DB 1972, 1675(1679); ders. S. 187/188; demgegenüber will Wagener BB 1972, 1373(1374/1375) in Betrieben ohne Betriebsrat von der Voraussetzung des Widerspruchs abgehen

1) vgl. BAG DB 1973, 2534(2536); Otto DB 1973, 671(672); ders. SAE 1975, 5(7)
2) vgl. dazu im einzelnen Müller S. 117 ff
3) siehe § 3 KSchG
4) vgl. BAG DB 1973, 2534(2536); Gift ZfA 1974, 123(137); Hueck § 1, Anm. 75 (S. 91); Löwisch DB 1975, 349 (350)

Der von dem Verhalten des Personalrats [1] abhängigen Einschränkung des Kündigungsschutzes sähe sich der Arbeitnehmer zudem schutzlos ausgeliefert [2]. Selbst wenn ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Erhebung von Einwendungen angenommen werden könnte [3], ließe sich ein solcher kaum realisieren, da der Personalrat nur binnen sieben Arbeitstagen Einwendungen vorbringen kann. In dieser Zeit besteht keine Chance des Arbeitnehmers, einen derartigen Anspruch durchzusetzen. Wenig erfolgversprechend dürfte auch die Möglichkeit sein, in der ihm verbleibenden Zeit bis zur Wirksamkeit der Kündigung gem. § 28 [4] die Auflösung des Personalrats über den Antrag eines Viertels der Wahlberechtigten oder einer in der Dienststelle vertretenen Gewerkschaft zu betreiben. Einmal sind die tatsächlichen Erfolgsaussichten nur als sehr gering einzuschätzen, wodurch sich dieser Weg als Druckmittel gegen den Personalrat zur Erhebung von Einwendungen von vorneherein disqualifiziert. Zum anderen nützt dem betroffenen Arbeitnehmer selbst der Ausschluß eines Personalratsmitglieds oder die Auflösung des Personalrats nichts mehr, da seiner Sache damit nicht geholfen werden kann. Die gleichen Erwägungen gelten für den wohl nur theoretischen Hinweis auf die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs gegen den pflichtwidrig handelnden Personalrat, ob er nun aus § 826 BGB [5] oder § 823 Abs. 2 BGB [6] abgeleitet wird. Den Nachweis des schuldhaften Handelns des Personalrats oder einzelner seiner Mitglieder dürfte der Arbeitnehmer kaum erbringen können, wie auch ein Schadensersatzanspruch nichts daran ändert, daß der Arbeit-

---

1) zu den Fehlerquellen vgl. die überzeugende Darstellung bei Kitzelmann AuR 1973, 302(305)
2) vgl. BAG DB 1973, 2534(2536); Löwisch DB 1975, 349(350); Otto DB 1973, 671
3) vgl. Müller S. 157 ff
4) entspr. § 23 BetrVG
5) so Otto DB 1973, 671
6) so Wagener BB 1972, 1373(1375)

nehmer - möglicherweise allein deshalb - seinen Arbeitsplatz verliert, weil das Arbeitsgericht z.B. eine Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz durch Versetzung gar nicht erst in die Interessenabwägung nach § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG einbeziehen dürfte, obwohl eine derartige Möglichkeit tatsächlich besteht.

Gegen die einschränkende Auslegung des § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG spricht darüber hinaus insbesondere die Regelung des § 1 Abs. 2, Satz 2, Nr. 1a und 2a KSchG.

Bezieht man nämlich den Einwendungsgrund des Verstoßes gegen Auswahlrichtlinien gem. § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 2 [1] in die angebliche Spezialität des § 1 Abs. 2, Satz 2 KSchG mit ein [2], hängt der Grad der Einschränkung der Überprüfungsmöglichkeit gem. § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG durch das Arbeitsgericht bei fehlendem Widerspruch von Art, Inhalt und Umfang der Richtlinien ab. Je ausführlicher die Richtlinien die bei der Auswahl zu berücksichtigenden Gesichtspunkte umfassen, desto weniger Raum verbliebe für eine Abwägung nach § 1 Abs. 2, Satz 1 und Abs. 3 KSchG [3]. Dies hätte im Extremfall zur Folge, daß bei entsprechend umfangreichen und genauen Auswahlrichtlinien durch fehlende Einwendungen des Personalrats der individuelle Kündigungsschutz gem. § 1 Abs. 2, Satz 1 und Abs. 3 KSchG nicht nur eingeschränkt, sondern völlig ausgeschlossen wäre. Daß dies nicht Sinn und Zweck des § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG sein kann, folgt neben den oben dargelegten Gründen auch daraus, daß der Gesetzgeber die Einwendungen der falschen oder

---

1) entsprechend § 102 Abs. 3, Nr. 2 BetrVG
2) so LAG Hamm DB 1973, 482 ff; Meisel DB 1972, 1675 (1677, 1679); hingegen beschränken Gumpert BB 1972, 47(50) und Wagener BB 1972, 1373(1374) ihre Ansicht auf § 1 Abs. 2, Satz 2, Nr. 1b - entsprechend Nr. 2b für das BPersVG - und Satz 3 KSchG, ohne allerdings eine Begründung für diese Unterscheidung zu geben
3) vgl. auch Hueck § 1, Anm. 75

unvollständigen sozialen Auswahl nach § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 1 gerade nicht in den Katalog des § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG aufgenommen hat, so daß diese Überprüfungsmöglichkeit nicht verdrängt werden kann. Aus dieser Überlegung ergibt sich zugleich ein weiterer Gesichtspunkt. Wie dargelegt, bleibt die Überprüfung nach § 1 Abs. 2, Satz 1 und Abs. 3 KSchG auch bei absolut vollständigen Auswahlrichtlinien, die mit der gesetzlichen Wertung übereinstimmen, unabhängig von den Einwendungen des Personalrats bestehen. Stellt das Arbeitsgericht jedoch fest, daß die Auswahlrichtlinien unvollständig sind oder nicht der gesetzlichen Wertung entsprechen, geht die gesetzliche Regelung des § 1 Abs. 2, Satz 1 und Abs. 3 KSchG nach allgemeiner Meinung vor [1]. Auch in diesem Fall kommt es also auf das Vorliegen von Einwendungen für die Überprüfung durch das Arbeitsgericht nicht an. Daraus folgt, daß bestehende Auswahlrichtlinien den gesetzlichen Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 2, Satz 1 und Abs. 3 KSchG nicht beeinträchtigen können, unabhängig davon, ob Einwendungen des Personalrats erhoben worden sind oder nicht. Dann ist aber kein Grund ersichtlich, die übrigen von der Systematik des KSchG her gleichgestellten Einwendungsgründe nach § 1 Abs. 2, Nr. 1b und Satz 3 KSchG anders zu behandeln [2].

Der Hinweis auf eine mögliche Verletzung von Mitbestimmungsrechten gem. § 75 Abs. 1, Nr. 2, 3 und Abs. 3, Nr. 7 [3] zwingt demgegenüber zu keiner anderen Betrachtungsweise.

Zunächst muß bei fehlenden Einwendungen innerhalb der Frist gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 nicht notwendig auch auf eine Verweigerung der Zustimmung zu derartigen Maßnahmen geschlossen werden. Aber auch wenn der Personalrat

---

1) siehe S. 29 ff
2) so auch Brauch S. 91; Löwisch DB 1975, 349(351)
3) so besonders Gumpert und Meisel zu § 99 BetrVG, siehe S. 119 mit FN 2 und 3

bewußt keine Einwendungen erhebt, wird dadurch das Arbeitsgericht nicht gehindert, die Kündigung nach Gesichtspunkten für sozialwidrig zu erachten, die an sich der Mitbestimmung des Personalrats gem. § 75 unterliegen [1]. Die Mitbestimmungspflicht bei derartigen Maßnahmen wird dadurch ausgelöst, daß sie vom Arbeitgeber geplant werden. Kündigt der Arbeitgeber entgegen den Einwendungen des Personalrats, gibt er damit gerade zu erkennen, daß er nicht bereit ist, den Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen des § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 3 bis 5 weiter zu beschäftigen. Hält das Gericht gleichwohl die Kündigung aus einem der Gründe in § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG für sozialwidrig und zwingt so den Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers, bleibt für eine Mitbestimmung des Personalrats bei einer Entscheidung des Arbeitgebers kein Raum [2]. Jede andere Betrachtungsweise würde darauf hinauslaufen, die Entscheidung des Arbeitsgerichts in der Durchführung der Mitbestimmung des Personalrats zu unterwerfen. Daß das nicht der Fall ist, folgt neben der Erwägung, daß das BPersVG nur zwischen Arbeitgeber und Personalrat gilt, daraus, daß das Gericht auch bei bestehenden Einwendungen nicht an das Vorbringen des Personalrats gebunden ist. Es überprüft vielmehr im vollen Umfang, ob die Einwendungen des Personalrats zu Recht erfolgt sind. Dann ist aber kein Grund ersichtlich, warum das Gericht die Berechtigung der Zustimmung des Personalrats zur Kündigung nicht ebenso vollständig überprüfen können soll [3]. Die angebliche Beeinträchtigung der Mitbestim-

---

1) a.A. Brauch S. 92, der auf jeden Fall die Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung verlangt und bei deren Fehlen die Kündigungsschutzklage abweisen will, obwohl sie allein nach dem Kündigungsschutzgesetz sozialwidrig wäre; Brauch folgert aus dieser Konstellation eine tatsächliche Einschränkung des Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers.
2) wie hier Müller S. 149 f; wohl auch Otto SAE 1975, 5(6)
3) vgl. auch Müller S. 151

mung des Personalrats durch die Berücksichtigung einer Versetzungsmöglichkeit auch ohne darauf gestützte Einwendung erscheint insbesondere dann nicht zwingend, wenn man mit einem Teil der Literatur annimmt, daß auf einen Grund gestützte Einwendungen auch die Einbeziehung der übrigen Gründe des § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG in die Beurteilung erlauben [1]. Das hätte zur Folge, daß das Arbeitsgericht eine Versetzungsmöglichkeit dann prüfen darf, wenn der Personalrat die Einwendung mit § 1, Abs. 2, Satz 2. Nr. 2a KSchG - Auswahlrichtlinienverstoß - begründet. Bei dieser Konstellation ist jedoch ein materieller Unterschied zur Überprüfung einer Versetzungsmöglichkeit ohne Einwendungen des Personalrats nicht zu erkennen, da zur Frage der Versetzung in beiden Fällen eine Stellungnahme des Personalrats fehlt.

Nach alledem ergibt sich, daß der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers durch § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG nicht eingeschränkt worden ist. Soweit die Einwendungsgründe

---

1) vgl. Adomeit DB 1971, 2360(2363); Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 12; Meisel DB 1972, 1675(1677); ders. S. 172; Hoechst AuR 1973, 328(329, 330); Stege-Weinspach S. 366; diese Auffassung wird aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 2, Satz 2 KSchG abgeleitet, wonach eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, wenn Betriebsrat oder Personalrat sich auf einen der in § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG genannten Gründe für den Widerspruch oder bei Einwendungen gestützt haben. Diese Ansicht ist abzulehnen. Wenn die Bindung der in § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG genannten Gründe an Einwendungen des Personalrats auf Grund der größeren Sachkenntnis und des besseren Überblicks erfolgt ist - vgl. zum BetrVG BT-Drucksache VI/2729, S. 7 -, muß davon ausgegangen werden, daß für die Untersuchung nach § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG allein die Gesichtspunkte Bedeutung erlangen können, auf die sich der Personalrat ausdrücklich bezieht, vgl. auch Hueck § 1, Anm. 80; Hanau BB 1972, 451(454 FN 20); Dietz-Richardi § 102, Anm. 122; wohl auch Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 28. Im Rahmen von § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG ist die Überprüfung der Kündigung daher auf die Gründe für die Sozialwidrigkeit der Kündigung beschränkt, auf die der Personalrat tatsächlich seine - eventuell mehreren - Einwendungen gestützt hat.

schon bislang im Rahmen von § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG zur Sozialwidrigkeit der Kündigung führen konnten, sind sie auch weiterhin unabhängig vom Vorliegen von Einwendungen des Personalrats bei der Überprüfung der Kündigung zu berücksichtigen. Darüber hinaus wurde festgestellt [1], daß der Verstoß gegen Auswahlrichtlinien ebenfalls nach § 1 Abs. 2, Satz 1 und Abs. 3 KSchG geltend gemacht werden kann, ohne daß der Personalrat notwendig aus diesem Grund Einwendungen erhoben haben muß.

Es bleibt die Frage, ob im Rahmen von § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG auch die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einer anderen Dienststelle - entsprechend einem anderen Betrieb des Unternehmens nach dem BetrVG - berücksichtigt werden darf, wenn keine dahingehende Einwendung des Personalrats gem. § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 3 vorliegt [2]. Der Wortlaut des § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG spricht nur von einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers "in diesem Betrieb", d.h. auf das öffentliche Recht bezogen von einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in der jeweiligen Dienststelle. Danach wäre der Gesichtspunkt der Weiterbeschäftigung "in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweiges an demselben Dienstort einschließlich seines Einzugsgebiets" - so der Wortlaut des § 79 Abs. 1, Satz 3, Nr. 3 entsprechend § 1 Abs. 2, Satz 2, Nr. 2b KSchG - notwendig an die Einwendungen des Personalrats gebunden.
Bei dieser Auffassung ergeben sich jedoch die gleichen Bedenken wie bei den sonstigen Einwendungsgründen im Hinblick auf Dienststellen ohne Personalrat und Arbeitnehmer, die nicht der Zuständigkeit des Personalrats

---

1) siehe S. 29 ff
2) dagegen Kitzelmann BuV 1972, 209(216 ff); ders. AuR 1973, 302(306);
bejahend Müller S. 155/156; Löwisch DB 1975, 349 (350); Otto SAE 1975, 5(6); offen gelassen in BAG DB 1973, 2534(2536)

unterliegen [1]. Sollte für diese Arbeitnehmer tatsächlich ein anderer Maßstab für die Sozialwidrigkeit der Kündigung gelten, müßten dafür zwingende Gründe vorliegen, die m.E. nicht gegeben sind. Wenn im übrigen nach der hier vertretenen Ansicht § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG so zu verstehen ist, daß das Vorliegen einer dieser Gründe in Verbindung mit der entsprechenden Einwendung des Personalrats die Kündigung sozialwidrig erscheinen läßt, ohne daß es einer allgemeinen Interessenabwägung nach § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG bedarf [2], erscheint es erforderlich, bei fehlenden Einwendungen auch die Frage der Weiterbeschäftigung in einer anderen Dienststelle mit in § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG einzubeziehen. Ansonsten käme man zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierung von Umständen, die immer, und solchen, die nur bei Einwendungen des Personalrats zu berücksichtigen sind. Die Systematik des § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG spricht eher dafür, daß der Gesetzgeber die dort genannten Gründe insgesamt als wesentliche Aspekte für die Sozialwidrigkeit einer Kündigung angesehen hat, mit der Folge, daß dann auch alle Gesichtspunkte bei der Abwägung nach § 1 Abs. 2, Satz 1 Bedeutung erlangen können.

Von Belang erscheinen in diesem Zusammenhang auch zwei Entscheidungen des BAG, die unter bestimmten Voraussetzungen die Berücksichtigung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers an einer anderen Dienststelle oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens zugelassen haben. Das BAG [3] hat einmal die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit einer Angestellten bei einem

---

1) siehe S. 123/124

2) Diese Formulierung gilt allerdings nicht für die Einwendung des Verstoßes gegen bestehende Auswahlrichtlinien, da diese sich gerade auf die umfassende Interessenabwägung beziehen.

3) BAG AP Nr. 27 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht mit zust. Anm. Hueck

Gesundheitsamt selbst bei einem anderen Gesundheitsamt an einem anderen Dienstort in die Interessenabwägung einbezogen, soweit dies durch besondere - hier gesundheitliche - Gründe in der Person des Arbeitnehmers geboten und dem Arbeitgeber zumutbar sei. Nach der anderen Entscheidung [1] ist die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn die Vertragsauslegung ergibt, daß der - in diesem Fall leitende - Angestellte für das ganze Unternehmen eingestellt worden war. Es erscheint wenig sinnvoll, diese Ansätze einer erweiterten Auslegung des § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG über eine einschränkende Interpretation des § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG abzublocken und zudem auf einen Teil der Arbeitnehmerschaft zu beschränken.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß alle in § 1 Abs. 2, Satz 2 und 3 KSchG genannten Gründe für die Sozialwidrigkeit einer Kündigung in jedem Fall auch bei der Interessenabwägung nach § 1 Abs. 2, Satz 1 KSchG zu berücksichtigen sind, ohne daß es darauf ankommt, ob der Personalrat aus einem dieser Gründe Einwendungen erhoben hat.

---

1) BAG DB 1974, 438

§ 11 Die Auswirkungen der Beteiligung des Personalrats auf die Klagefrist gem. § 4 KSchG

§ 79 Abs. 4 bestimmt die Unwirksamkeit einer Kündigung bei fehlender Mitwirkung des Personalrats. Wie diese Unwirksamkeit geltend zu machen ist, wird im PersVG nicht geregelt [1]. Insbesondere stellt sich die Frage, ob der betroffene Arbeitnehmer an die Frist gem. § 4 Satz 1 KSchG gebunden ist [2] [3].

Freese [4], der dies bejaht, sieht den Zweck der Beteiligung des Betriebsrats darin, daß dieser zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers die soziale Berechtigung der Kündigung überprüfen und etwaige Bedenken äußern soll. Von daher sei die Anhörung als ein "erstes Element der sozialen Rechtfertigung" zu verstehen, dessen Fehlen die unwiderlegliche Vermutung der Sozialwidrigkeit der Kündigung bedinge. Die neue Regelung in § 102 Abs. 1, Satz 3 BetrVG bedeute im Ergebnis keinen Unterschied zur Rechtsprechung des BAG zu § 66 BetrVG '52 [5], nur daß die Voraussetzung der rechtswidrig, vorsätzlich und

---

1) Das gilt auch für § 102 BetrVG.
2) bejahend Freese BB 1973, 665
3) dagegen aber BAG AP Nr. 1 zu § 70 PersVG '55 Kündigung = E 5, 200; Kuhn-Sabotting § 79, Anm. 18; so auch zum BetrVG BAG AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG '72; LAG Hamm DB 1972, 2408; Adomeit DB 1971, 2360(2362); Auffarth AuR 1972, 33(39); ders. S. 71, 73; Baum BB 1972, 174, 175; Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 209(212); Brauch S. 76; Brecht § 102, Anm. 2; Brede BlStSozArbR 1973, 17; Dietz-Richardi § 102, Anm. 2; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 2, 66; Gnade-Kehrmann-Schneider § 102, Anm. 3; Hoechst AuR 1973, 328(334); Gumpert BB 1972, 47; Güntner AuR 1974, 97(112, 113); Hanau ZfA 1972, Sonderheft S. 71(75); Heckelmann ZfA 1973, 425; Hueck Einl. V, 3a, cc; Kitzelmann BuV 1972, 209 f; Müller S. 22 ff; Richardi DB 1971, 621(632); ders. ZfA 1972, Sonderheft S. 4; Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 67 (73); ders. Rdnr. 34a; Stege-Weinspach S. 365 und 379
4) Freese BB 1973, 665(666)
5) vgl. BAG AP Nr. 1, 2, 4, 6, 8, 10, 21, 22, 27, 28 zu § 66 BetrVG '52

schuldhaft unterlassenen Anhörung entfallen sei. Für diese Ansicht spricht, daß der Zweck der Frist des § 4 KSchG die schnelle Klärung der Rechtslage hinsichtlich der Kündigung ist [1]. Dieser Zweck hat aber auch da Bedeutung, wo es um die Klärung der Frage geht, ob die Kündigung auf Grund fehlender Beteiligung des Personalrats oder Betriebsrats unwirksam ist [2]. Zudem erscheint es ungerechtfertigt, wenn gem. § 7 KSchG das Fehlen der sozialen Rechtfertigung und bei der außerordentlichen Kündigung sogar der Mangel des wichtigen Grundes nach Fristablauf nicht mehr geltend gemacht werden kann, während sich der Arbeitnehmer auf die fehlende Beteiligung unabhängig vom Kündigungsgrund ohne Fristbindung in beliebiger Form berufen könnte [3].

Gleichwohl ist entgegen Freese der herrschenden Meinung zu folgen [4].
Gem. § 13 Abs. 3 KSchG finden die Vorschriften des ersten Abschnitts des KSchG keine Anwendung auf eine Kündigung, die bereits aus anderen als den in § 1 Abs. 2, Satz 3 KSchG bezeichneten Gründen rechtsunwirksam ist. Die Unwirksamkeit nach § 79 Abs. 4 beruht aber allein auf der fehlenden Beteiligung, nicht auch auf der fehlenden sozialen Rechtfertigung. Der Wortlaut des § 13 KSchG spricht daher gegen eine Anwendung des § 4 KSchG bei fehlender Beteiligung des Personalrats [5].
Aus der Entstehungsgeschichte ergeben sich keine gegenteiligen Anhaltspunkte. Schon zu § 70 PersVG '55 hat das BAG vertreten, daß die fehlende Mitwirkung

---

1) vgl. BAG AP Nr. 30 zu § 66 BetrVG '52 = DB 1970, 642
2) vgl. BAG AP Nr. 30 zu § 66 BetrVG '52; auch Freese BB 1973, 665(667); Müller S. 28
3) so auch Hueck Einl. V, 3a, cc; Dietz-Richardi § 102, Anm. 3; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 2; Richardi DB 1971, 621(632); ders. ZfA 1972, Sonderheft S. 24; Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 67(73)
4) vgl. FN 3, S. 133
5) vgl. Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 8; Meisel S. 189; Brede BlStSozArbR 1973, 17; Brauch S. 76

zur Unwirksamkeit der Kündigung führe, die außerhalb des KSchG geltend gemacht werden könne, also nicht an die Frist gem. § 4 KSchG gebunden sei [1]. Die demgegenüber abweichende Rechtsprechung des BAG zu § 66 BetrVG '52 [2] wurde u.a. gerade auch damit begründet, daß bei Annahme der zivilrechtlichen Unwirksamkeit keine Bindung an die Frist gem. § 4 KSchG eintrete, so daß die Rechtsgültigkeit der Kündigung längere Zeit zweifelhaft bleiben könne [3]. Die Lösung des BAG über die fehlende soziale Rechtfertigung der Kündigung bei fehlender Anhörung des Betriebsrats vermied dieses Ergebnis. Mit dem Widerspruch, der sich damit zur Rechtsprechung zu § 70 PersVG '55 ergab, hat das BAG sich allerdings ebenso wenig auseinandergesetzt wie mit der Frage, warum zivilrechtliche Auswirkungen der unterlassenen Beteiligung auf die Kündigung ein "Fremdkörper" im Betriebsverfassungsrecht [4], aber offenbar nicht im Personalvertretungsrecht seien. Die unterschiedliche Beurteilung in der ständigen Rechtsprechung des BAG zum PersVG '55 wie zum BetrVG '52 dürfte dem Gesetzgeber kaum unbekannt geblieben sein. Wenn er sich gleichwohl für die Anordnung der Unwirksamkeit in § 79 Abs. 4 PersVG wie in § 102 Abs. 1, Satz 3 BetrVG und damit für die Rechtsprechung zu § 70 PersVG '55 entschieden hat, hätte er klarstellen müssen, daß § 4 KSchG dennoch Anwendung finden sollte [5]. Für das BetrVG ergibt sich als

---

1) vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 70 PersVG '55 Künd.
2) siehe FN 5, S. 133
3) so noch zuletzt ausdrücklich BAG AP Nr. 30 zu § 66 BetrVG '52 = DB 1970, 642
4) vgl. FN 3
5) Wenn Freese BB 1973, 665 ff eine gesetzgeberische Klarstellung für überflüssig hält, da die Anordnung der Unwirksamkeit im Ergebnis der Rechtsprechung des BAG zum BetrVG '52 entspreche, übersieht er, daß das BAG mit seiner Konstruktion zumindest auch die Anwendung des § 4 KSchG erreichen wollte; von daher wäre allein im Hinblick auf diese Rechtsprechung bei der gesetzlichen Neufassung ein ausdrücklicher Hinweis

(weiter S. 136)

weiterer Anhaltspunkt gegen eine Anwendung des § 4 KSchG, daß ein ausdrücklicher Hinweis im Entwurf der CDU/CSU-Fraktion [1] auf § 4 KSchG nicht in das geltende Gesetz übernommen worden ist. Dieser Gesichtspunkt erlangt auch für das BPersVG Bedeutung, da es dem BetrVG hier weitgehend angepaßt ist.
Spricht somit der Wortlaut des § 13 Abs. 3 KSchG wie die Entstehungsgeschichte des § 79 Abs. 4 BPersVG und des § 102 Abs. 1, Satz 3 BetrVG gegen die Anwendung des § 4 KSchG, kann dieses Ergebnis auch nicht mit dem Argument widerlegt werden, die Beteiligung sei ein "erstes Element der sozialen Rechtfertigung" [2]. Hier hätte es besonders nahe gelegen, im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens, in dem auch die Vorschriften des KSchG, besonders § 1 KSchG, geändert worden sind [3], eine entsprechende Regelung in das KSchG aufzunehmen. Das ist nicht geschehen. Zudem wird bei dieser Argumentation nicht hinreichend berücksichtigt, daß der Personalrat wie der Betriebsrat nicht nur die individuellen Interessen des Einzelnen sondern auch und gerade die kollektiven Belange wahrzunehmen haben [4], die im Einzelfall durchaus mit den Einzelinteressen kollidieren können. Diese Verpflichtung ergibt sich nicht nur aus der gesamten Aufgabenstellung, sondern auch aus § 2 Abs. 1, wonach Dienststelle und Personalvertretung zum Wohle der Beschäftigten und zur Erfüllung der der Dienststelle obliegenden Aufgaben zusammenarbeiten.

Im Ergebnis ist daher die Anwendung des § 4 KSchG für

---

angebracht gewesen - vgl. auch Müller S. 25 -; die abweichende Rechtsprechung des BAG zu § 70 PersVG '55 verdeutlicht dies noch, wird aber von Freese nicht in die Erwägungen einbezogen.

1) vgl. BT-Drucksache VI/1806, S. 9
2) so Freese BB 1973, 665(666)
3) vgl. § 114
4) vgl. Fitting-Heyer-Lorenzen Übersicht vor § 70, Anm. 3; Müller S. 30 ff

die Klage zur Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung gem. § 79 Abs. 4 nicht möglich. Die Unwirksamkeit kann auch noch nach Ablauf der dreiwöchigen Frist ohne Bindung an das Kündigungsschutzverfahren geltend gemacht werden. Man mag dies bedauern [1], das Gesetz erlaubt jedoch keine andere Betrachtungsweise. Im Einzelfall hilft gegenüber einer zeitlich nicht begrenzten Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlender Beteiligung des Personalrats nur der Einwand der Verwirkung [2].

---

1) so Adomeit DB 1971, 2360(2362); Dietz-Richardi § 102, Anm. 3 und 66; Richardi ZfA 1972, Sonderheft S. 24; Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 67(73); ders. Rdnr. 34a

2) vgl. Adomeit DB 1971, 2360(2362); Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 209(212); Brede BlStSozArbR 1973, 17; Brauch S. 76; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 2; Ermann-Küchenhoff § 620, Anm. 21; Meisel S. 189; ders. DB 1972, 1675(1679); Stahlhacke Rdnr. 34a

§ 12 Die Beteiligung des Personalrats und das Nachschieben von Kündigungsgründen im Kündigungsschutzprozeß

Die Mitwirkung des Personalrats gem. §§ 79, 72 wirft die Frage auf, welche Auswirkungen sich dadurch auf das Nachschieben von Kündigungsgründen im Kündigungsschutzprozeß ergeben.

I. Das Nachschieben von Kündigungsgründen

Individualrechtlich besteht nach dem BGB grundsätzlich keine Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Ob die Voraussetzungen des § 1 KSchG vorliegen, ist allein im Kündigungsschutzverfahren zu entscheiden. Erst hier muß der Arbeitgeber die Kündigungsgründe vorbringen und gegebenenfalls beweisen [1]. Das war von jeher herrschende Ansicht [2]. Diese Auffassung wird bestätigt durch § 626 Abs. 2, Satz 3 BGB und § 1 Abs. 3, Satz 1, 2. Halbsatz KSchG. Nach diesen Vorschriften hat der Arbeitgeber in den dort angegebenen Fällen die Kündigung auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers hin zu begründen. Als Rückschluß daraus ergibt sich, daß diese Pflicht im übrigen nicht besteht, es sei denn, sie folgt anderweitig aus zwingenden Regelungen wie Tarifvertrag oder besonderen gesetzlichen Vorschriften - etwa § 15 Abs. 2 und 3 BBiG -. In letzteren Fällen ist eine Kündigung ohne

---

1) Das gilt nach allgemeiner Auffassung auch für die außerordentliche Kündigung und den wichtigen Grund gem. § 626 Abs. 1 BGB, vgl. Hueck Einl. III, 4 f, cc (S. 29) mwN.

2) vgl. BAG AP Nr. 9, 50 und 63 zu § 626 BGB; Nr. 55 und 56 zu § 1 KSchG; Nr. 1 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; Erman-Küchenhoff § 620, Anm. 36; Knütel NJW 1970, 121; Nikisch Bd. I, S. 695; Stahlhacke Rdnr. 8 ff; Hueck § 1, Anm. 157; a.A. Lent AcP 152, 401; Reuß AuR 60, 1

Angabe der Gründe nichtig [1]. Ansonsten führt ein Verstoß gegen ein Begründungsgebot lediglich zu einem Schadensersatzanspruch des betroffenen Arbeitnehmers [2]. Die fehlende Begründung gegenüber dem Arbeitnehmer hat dann weder die Unwirksamkeit noch die Sozialwidrigkeit der Kündigung zur Folge. Das BAG hat für diesen Standpunkt besonders darauf hingewiesen, daß ein Begründungszwang zu erheblicher Rechtsunsicherheit führe, da im Einzelfall zweifelhaft sein könne, wie ausführlich die Begründung sein müsse und ob alle oder doch alle bekannten Gründe angegeben werden müßten [3]. Kommt es somit für die Wirksamkeit der Kündigung allein auf das objektive Vorliegen der Kündigungsgründe an, kann sich der Arbeitgeber noch im Kündigungsschutzprozeß auf alle Gründe berufen, die die Kündigung rechtfertigen, auch ohne daß sie den eigentlichen Anlaß für die Kündigung gebildet hätten [4]. Es spielt daher keine Rolle, ob dem Arbeitgeber die Kündigungsgründe bekannt waren [5].

---

1) vgl. BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 15 BBiG; Erman-Küchenhoff § 620, Anm. 36; Stahlhacke Rdnr. 8

2) vgl. Hueck § 1, Anm. 158; Knütel NJW 1970, 121(122); Stahlhacke Rdnr. 75; auch Crisolli-Tiedtke Anm. 7 zu § 57 BAT, der besagt, daß der Arbeitgeber die Gründe für die Kündigung angeben "soll"; das gilt auch dann, wenn die Nichtangabe der Gründe gegen Treu und Glauben verstößt, weil der Arbeitnehmer ersichtlich ein besonders starkes Interesse an ihrer Mitteilung hat, vgl. Löwisch DB 1975, 349(354); Hueck § 1, Anm. 158; zum Umfang des Schadensersatzanspruchs vgl. Hueck § 1, Anm. 159

3) so BAG AP Nr. 55 zu § 1 KSchG; vgl. auch BGH Z 40, 13(16)

4) vgl. BAG wie FN 2, S. 138; BAG DB 1973, 481; BGH Z 27, 220; 40, 13(14); Erman-Küchenhoff § 620, Anm. 59; Hueck § 1, Anm. 157; Stahlhacke Rdnr. 11

5) vgl. BAG E 14, 65(71): "Es gibt keinen Rechtssatz des Inhalts, daß die Gründe, die dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen, ihm im Zeitpunkt der Kündigung schon alle bekannt sein müssen." Laut BAG AP Nr. 50 zu § 626 BGB wäre die Lehre von der Möglichkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen ohne diesen Ausgangspunkt nicht zu rechtfertigen.

Die Gründe müssen aber im Zeitpunkt der Kündigung vorgelegen haben. Erst nach der Kündigung entstandene Kündigungsgründe können nicht in den schwebenden Kündigungsschutzprozeß eingeführt werden, sondern rechtfertigen nur eine neue Kündigung [1].

II. Die Bedeutung der Beteiligung des Personalrats

Das neue BPersVG verlangt wie auch das BetrVG keine Begründung der Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer. Hat der Personalrat gem. § 79 Abs. 1, Satz 3 Einwendungen gegen die Kündigung erhoben, so ist dem Arbeitnehmer gem. § 79 Abs. 1, Satz 4 lediglich mit der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Personalrats zuzuleiten. Die Vorschrift entspricht § 102 Abs. 4 BetrVG. Unterläßt der Arbeitgeber die Übermittlung der Stellungnahme des Personalrats an den Arbeitnehmer, handelt er zwar ordnungswidrig, die Wirksamkeit der Kündigung bleibt jedoch unberührt [2]. § 79 Abs. 1, Satz 4 soll den Arbeitnehmer lediglich in die Lage versetzen, die Aussichten einer Kündigungsschutzklage besser beurteilen zu können [3]. Damit unvereinbar wäre die Annahme der Unwirksamkeit der Kündigung bei fehlender Mitteilung der Stellungnahme des Personalrats. Ein Verstoß gegen § 79 Abs. 1, Satz 4 beeinflußt daher auch nicht die Möglichkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen. Einzige Folge ist möglicherweise ein Schadensersatzanspruch [4].

Die von der Kündigungsrechtsprechung anerkannte Möglich-

---

1) allg. M.; vgl. BAG E 2, 245(250 f); E 3, 13; E 14, 65(70) = DB 1963, 555; LAG Hamm DB 1974, 1344; Auffarth-Müller § 1, Anm. 115; Erman-Küchenhoff § 620, Anm. 57; Hueck-Nipperdey Bd. I, S. 554; Hueck § 1, Anm. 156; Stahlhacke Rdnr. 11
2) vgl. Dietz-Richardi § 102, Anm. 77; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 56; Stahlhacke Rdnr. 9 (S. 4)
3) vgl. zum BetrVG BR-Drucksache 715/70, S. 52
4) vgl. Hueck § 1, Anm. 158, 159 mwN

keit des Nachschiebens von Kündigungsgründen kann jedoch durch die Beteiligung des Personalrats wie des Betriebsrats eine Einschränkung erfahren haben.

Zum Personalvertretungsrecht wurde von jeher die Ansicht vertreten, eine ohne Beteiligung des Personalrats erfolgte ordentliche Kündigung sei unwirksam [1]. § 79 Abs. 4 ordnet diese Folge nunmehr für die ordentliche wie die außerordentliche Kündigung an. Die Beteiligung des Personalrats erfordert u.a. auch die Begründung der Kündigung gegenüber der Personalvertretung, da diese nur dann ihrer Aufgabe nachkommen kann, die Kündigung aus ihrer Sicht zu überprüfen und durch eine Stellungnahme die endgültige Entscheidung der Dienststelle zu beeinflussen [2]. Das Gesetz trägt dem in verschiedenen Regelungen Rechnung. Gem. § 72 Abs. 1 ist die beabsichtigte Maßnahme mit dem Personalrat rechtzeitig und eingehend zu erörtern [3]. § 68 Abs. 2, Satz 1 verlangt die rechtzeitige und umfassende Unterrichtung des Personalrats [4]. § 68 Abs. 2, Satz 1 ordnet die Vorlage der erforderlichen Unterlagen an, ohne daß es auf ein ausdrückliches Verlangen des Personalrats ankommt [5]. Schließlich

---

1) vgl. BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 70 PersVG '55 Kündigung; siehe auch oben S. 50 f

2) so schon zur Mitwirkung nach altem Personalvertretungsrecht BVerwG E 13, 291 = PersV 1962, 160; die Entscheidung bestätigt BVerwG E 5, 344; E 10, 196; ZBR 1960, 269; OVG Münster PersV 1971, 272; siehe auch ArbG Minden DB 1973, 2251, 2252 zur Bedeutung der Begründung;
vgl. zum neuen Recht Engelhard-Ballerstedt §§ 70, 71, Anm. 8; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 72, Anm. 8

3) so auch zu § 61 PersVG '55 BVerwG E 5, 345; 10, 196; ZBR 1960, 269; Bay VGH PersV 1972, 338; Dietz § 61, Anm. 15; Grabendorff-Windscheid § 61, Erl. II, 1a; Windscheid PersV 1966, 145

4) vgl. Engelhard-Ballerstedt § 67, Anm. 11c; Grabendorff-Windscheid-Ilbertz § 68, Anm. 35

5) anders noch - nur auf Verlangen - § 57 Abs. 2, Satz 1 BPersVG '55

läßt sich eine Begründungspflicht auch aus dem Gesichtspunkt der vertrauensvollen Zusammenarbeit - § 2 Abs. 1 - ableiten.
Abweichend von der früheren Auffassung zu § 66 BetrVG '52 [1] führt gem. § 102 Abs. 1, Satz 3 BetrVG auch im Bereich des Betriebsverfassungsrechts die fehlende Beteiligung des Betriebsrats zur Unwirksamkeit einer Kündigung. § 102 Abs. 1, Satz 2 BetrVG verpflichtet den Arbeitgeber ausdrücklich, die Gründe für die Kündigung dem Betriebsrat mitzuteilen [2].
Die Neuregelung des BetrVG führte dazu, daß die schon früher nicht einhellig beantwortete Frage, inwieweit das Beteiligungsrecht des Betriebsrats das Nachschieben von Kündigungsgründen beeinflußt [3], erneut aufgeworfen wurde. Im Bereich des BPersVG finden sich abgesehen von Hinweisen auf das BetrVG [4] keine Stellungnahmen.

1. Meinungsstand

Der Meinungsstreit um die Zulässigkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen wird beherrscht von der für das Betriebsverfassungsrecht neuen Folge der Unwirksamkeit der Kündigung bei Nicht- oder nicht ornungsgemäßer Beteiligung des Betriebsrats.

---

1) siehe oben S. 51/52
2) so auch ohne gesetzliche Anordnung die allgemeine Meinung zu § 66 BetrVG '52, vgl. BAG E 1, 69(76); AP Nr. 29 zu § 66 BetrVG '52; Galperin-Siebert § 66, Anm. 7 mwN
3) vgl. Dietz, BetrVG § 66, Anm. 4c = Nachschieben von dem Anhörungsrecht des Betriebsrats unbeeinflußt; Neumann-Duesberg S. 538, 543/544 = Nachschieben nur nach erneuter Anhörung
4) so Kuhn-Sabotting § 79, Anm. 3; Bitzer PersV 1975, 121(122); diese Abstinenz erscheint um so verwunderlicher, als im Personalvertretungsrecht schon immer die Unwirksamkeit der Kündigung bei fehlender Mitwirkung und grundsätzlich auch ein Begründungszwang angenommen wurden

Zum Teil wird der neuen Regelung entnommen, die Anhörung gem. § 102 BetrVG erfordere die Mitteilung wenn nicht aller [1], so doch sämtlicher bekannter Kündigungsgründe und Tatsachen [2], um als Grundlage einer wirksamen Kündigung dienen zu können. Nur dann könne der Betriebsrat die beabsichtigte Kündigung auf ihre soziale Rechtfertigung untersuchen und gegebenenfalls Bedenken geltend machen, die den Arbeitgeber möglicherweise von der Kündigung Abstand nehmen lassen. Die Mitteilung der Gründe könne auch nicht nachgeholt werden, weil in diesen Fällen die Kündigung bereits ausgesprochen sei, die Beteiligung des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 1, Satz 1 BetrVG aber vor der Kündigung zu erfolgen habe. Das Unterlassen der vollständigen Begründung führt somit nach dieser Meinung zu einer Verletzung des Anhörungsrechts des Betriebsrats. Die Kündigung ist danach in diesen Fällen unwirksam, wodurch ein Nachschieben von Kündigungsgründen ausgeschlossen wird.
Überwiegend lassen die Vertreter dieser Auffassung ein Nachschieben von Kündigungsgründen jedoch dann zu [3], wenn diese dem Arbeitgeber nicht bekannt waren, im Zeitpunkt der Kündigung aber bereits bestanden. So bejahen

---

1) so aber Etzel DB 1973, 1017(1020)
2) vgl. LAG München DB 1976, 1439/1440; GK-Kraft § 102, Anm. 16; Kraft in Anm. zu BAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 8; Dütz SAE 1973, 114/115; Hueck Einl. V, 3a, aa; Müller S. 60 ff; für die Angabe sämtlicher Gründe schon Neumann-Duesberg S. 538 zu § 66 BetrVG '52; zum PersVG auch Kuhn-Sabotting § 79, Anm. 3;
eine eindeutige Stellungnahme des BAG steht noch aus; BAG DB 1974, 1294 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 8 läßt die Frage offen; BAG DB 1975, 2184 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 14 hält die Kündigung für unwirksam, wenn die Mitteilungspflichten "nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug" erfüllt werden
3) Grundsätzlich ablehnend Etzel DB 1973, 1017(1020), da es für die Unwirksamkeit einer Kündigung nicht darauf ankomme, warum dem Betriebsrat bestimmte Gründe nicht mitgeteilt worden seien.

Kraft [1] und Dütz [2] das Nachschieben später bekannt gewordener Gründe jedenfalls dann, wenn der Betriebsrat vorher dazu noch gehört wurde [3]. Hueck [4] will Gründe, die dem Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht bekannt waren, auch ohne erneute Anhörung des Betriebsrats im Kündigungsschutzverfahren zulassen, da § 102 Abs. 1 BetrVG nur die Mitteilung bekannter Gründe verlange und dem Arbeitgeber keine besonderen Ermittlungen auferlege. Eine weitere Ausnahme vom Verbot des Nachschiebens von Kündigungsgründen macht Hueck [5] dann, wenn es sich um "weniger wichtige Tatsachen" handele, die über den wesentlichen Gehalt der mitgeteilten Kündigungsgründe nicht hinausgingen, sondern nur ergänzend im Kündigungsschutzprozeß vorgetragen würden [6].

Nach anderer Ansicht [7] genügt die Mitteilung der wesentlichen Kündigungsgründe den Erfordernissen des Beteiligungsverfahrens, da der Betriebsrat anders als das Arbeitsgericht keine detaillierte Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung vornehme. Sind dem Betriebsrat die wesentlichen Gründe bekannt, könne er dem Arbeitgeber Gegenargumente vortragen oder einer ordentlichen Kündigung widersprechen. Damit liege eine Anhörung vor.

---

1) GK-Kraft § 102, Anm. 16
2) Dütz SAE 1973, 114/115
3) So auch schon Neumann-Duesberg S. 543/544 zu § 66 BetrVG '52 mit der Erwägung, daß der Arbeitgeber durch die erneute Anhörung vom Nachschieben der Gründe abgehalten werden könnte.
4) Hueck Einl. V, 3a, aa (S. 36)
5) Hueck wie vor
6) vgl. auch Dütz SAE 1973, 114/115, der "lediglich konkretisierende Tatsachen" nachträglich zulassen will; ähnlich Kehrmann in Anm. zu LAG Hamm EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 10, der allerdings von der grundsätzlichen Wirksamkeit der Kündigung auch bei unvollständiger Begründung ausgeht
7) vgl. Stahlhacke BlStSozArbR 1974, 295(296 f); ders. BlStSozArbR 1972, 67(74); ders. Rdnr. 34c; Meisel S. 139; ders. DB 1972, 1627(1628); ders. DB 1974, 138(140); auch schon zum BetrVG '52 Meisel DB 1963, 1766/1767; im Ergebnis auch Brede BlStSozArbR 1973, 17(18); Stege-Weinspach S. 386

Die Begründungspflicht gem. § 102 Abs. 1, Satz 2 BetrVG sei immer eine betriebsverfassungsrechtliche Pflicht gegenüber dem Betriebsrat, die keine individualrechtlichen Folgen nach sich ziehen könne, soweit nur überhaupt eine Anhörung vorliege. Mit der Mitteilung der wesentlichen Gründe sei das betriebsverfassungsrechtliche Anhörungsverfahren durchgeführt worden; der Streit um die Kündigung liege nunmehr allein in individualrechtlicher Ebene, in der ein Nachschieben von Kündigungsgründen ohne weiteres zulässig sei. Nach dieser Ansicht wirkt sich also die Anhörung des Betriebsrats auf das Nachschieben von Kündigungsgründen nicht aus.

Andere gehen ebenfalls davon aus, daß die Kündigung nicht gem. § 102 Abs. 1, Satz 3 BetrVG unwirksam ist, wenn Kündigungsgründe dem Betriebsrat bei der Anhörung nicht mitgeteilt wurden [1]. Die Wirksamkeit der Kündigung sei aber nur insoweit gegeben, als die Kündigungsgründe Gegenstand des Beteiligungsverfahrens waren [2].
Das Nachschieben von schon bekannten Kündigungsgründen sei mit dem Beteiligungsrecht des Betriebsrats unvereinbar [3]. Derartige Gründe können demnach nur eine neue Kündigung unter entsprechender Beteiligung des Betriebsrats rechtfertigen. Ausnahmsweise lassen einige Vertreter

---

1) vgl. LAG Hamm DB 1974, 1344 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 10 mit zust. Anm. Kehrmann; LAG Düsseldorf DB 1974, 831; Dietz-Richardi § 102, Anm. 55, 56; Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 209(210); Hanau BB 1972, 451 (453 FN 19); Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 9; Bleistein § 102, Anm. 485, 486; im Ergebnis auch Bitzer PersV 1975, 121(122); wohl auch Güntner AuR 1974, 135(137)

2) so besonders LAG Hamm DB 1974, 1344 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 10 mit zust. Anm. Kehrmann

3) Das Ergebnis dieser Ansicht wird besonders in der Entscheidung des ArbG Bochum DB 1974, 831/832 deutlich. Danach ist die Kündigung unwirksam, wenn der Arbeitgeber sich nur auf die neuen Gründe beruft, weil es dann an einer Beteiligung fehlt, während die neuen Gründe neben der ursprünglichen Begründung lediglich nicht zu berücksichtigen sind.

dieser Ansicht ein Nachschieben von Kündigungsgründen dann zu, wenn diese dem Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung unbekannt waren, wobei zum Teil allerdings die vorherige Anhörung des Betriebsrats verlangt wird [1) 2)].

Gegen das Nachschieben auch später bekannt gewordener Gründe wird vorgebracht [3)], daß es auf die Unkenntnis nicht ankomme, da nur die Gründe herangezogen werden könnten, die auch der Anhörung unterlagen, ohne daß die Frage des Verschuldens von Bedeutung sei. Dem Arbeitgeber bleibt nach dieser Ansicht, will er Gründe geltend machen, von denen er erst später Kenntnis erlangt hat, ebenfalls nur der Weg einer neuen (vorsorglichen) Kündigung unter Beteiligung des Betriebsrats.

2. Stellungnahme

Die Frage des Nachschiebens von Kündigungsgründen stellt sich nur dann, wenn die Kündigung nicht schon wegen mangelnder Beteiligung des Personalrats gem. § 79 Abs. 4 unwirksam ist. Die Feststellung der Unwirksamkeit erfolgt in diesen Fällen unabhängig von den materiellen Gründen der Kündigung. Da die Unwirksamkeit auch durch

---

1) Hanau BB 1972, 451(453 FN 19) verlangt darüber hinaus, daß der Arbeitgeber die Gründe weder kannte noch kennen konnte; so auch Güntner AuR 1974, 135(137)

2) mit vorheriger Anhörung Hanau BB 1972, 451(453 FN 19); ohne Güntner AuR 1974, 135(137); Bleistein § 102, Anm. 486; wohl auch LAG Hamm DB 1974, 1344 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 10; Dietz-Richardi § 102, Anm. 55/56; Fitting-Auffarth-Kaiser § 102, Anm. 5; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 9, die den unbekannten Gründen die relativ unerheblichen Tatbestände gleichstellen, an die der Arbeitgeber zunächst nicht gedacht hat oder die er nicht für erheblich ansah, die aber im Prozeß plötzlich Bedeutung erlangen

3) vgl. Kehrmann in Anm. zu LAG Hamm EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 10, der jedoch den bisherigen Vortrag lediglich ergänzende Kündigungsgründe zulassen will

eine spätere Nachholung der Mitwirkung nicht geheilt werden kann [1], entfällt damit notwendig auch ein Nachschieben von Kündigungsgründen. Das gleiche gilt für § 102 Abs. 1, Satz 3 BetrVG [2].

Die grundsätzliche Pflicht zur Begründung der Kündigung folgt aus Sinn und Zweck der Beteiligung des Personalrats, da nur ein Eingehen auf die Gründe des Arbeitgebers diesen veranlassen kann, seine Kündigungsabsicht zu überdenken, die Kündigung eventuell zu unterlassen oder aufzuschieben. Davon geht auch das Gesetz in verschiedenen Vorschriften aus [3]. Einer besonderen Anordnung wie in § 102 Abs. 1, Satz 2 BetrVG bedurfte es daher nicht.

Die Mitteilung der Kündigungsabsicht ohne Angabe von Gründen erfüllt daher nicht die Anforderungen, die an die Einleitung des Mitwirkungsverfahrens zu stellen sind. Äußert sich der Personalrat nicht, ist eine gleichwohl nach Ablauf der Frist gem. § 72 Abs. 2, Satz 1 ausgesprochene Kündigung unwirksam, da der Personalrat schon vom Vorbringen des Arbeitgebers her keine Gelegenheit zu einer dem Gesetz entsprechenden Beteiligung hatte. Die nachträgliche Beteiligung des Personalrats unter Mitteilung der Gründe vermag nichts daran zu ändern, da die Mitwirkung vor Ausspruch der Kündigung zu erfolgen hat [4].

Fraglich ist hingegen, in welchem Umfang die Kündigungsgründe mitgeteilt werden müssen, um insoweit die Voraussetzungen für eine wirksame Kündigung zu schaffen. Die Auffassung, die vom Arbeitgeber die Mitteilung aller

---

1) siehe oben S. 52/53
2) Die folgenden Erörterungen gelten daher entsprechend für das BetrVG, da sich hinsichtlich der Problematik kein Unterschied ergibt.
3) siehe oben S. 141/142
4) siehe oben S. 50 ff

oder doch aller bekannter Gründe verlangt [1], um eine unter dem Gesichtspunkt der Beteiligung des Personalrats wirksame Kündigung aussprechen zu können, erscheint als zu weit gehend. Damit wird zum einen ein bedeutender Unsicherheitsfaktor in das Beteiligungsverfahren eingeführt. Dem außenstehenden Dritten stellt sich die Relevanz bestimmter Gesichtspunkte oft anders dar als dem Arbeitgeber. Auch dürfte im nachhinein kaum feststellbar sein, welche Gründe und Tatsachen dem Arbeitgeber bei der Beteiligung des Personalrats bekannt waren oder gar bekannt sein mußten [2]. Zum anderen zwingt diese Ansicht den Arbeitgeber, der Vollständigkeit wegen Gesichtspunkte in das Beteiligungsverfahren einzubringen, die zwar objektiv relevant sein mögen, auf die es dem Arbeitgeber konkret aber nicht ankommt. Es ist nicht Aufgabe der Beteiligung des Personalrats, sämtliche Überlegungen zu überprüfen, die der Arbeitgeber im Verlaufe seiner Willensbildung jemals angestellt hat. Eine derartige Kontrolle des Willensbildungsprozesses des Arbeitgebers ist vom Gesetz her nicht vorgesehen. Der Arbeitgeber ist nur gehalten, die von ihm beabsichtigte Maßnahme mit den für ihn maßgebenden Erwägungen dem Personalrat zur Diskussion zu stellen. Das bedeutet bei einer Kündigung die Kündigung selbst und diejenigen Gründe und Tatsachen, auf die er die Kündigung konkret stützen will. Im Einzelfall kann dies auch dazu führen, daß der Arbeitgeber Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers wie betriebliche Gründe anführen könnte, er sich aber auf die personenbezogenen Gründe beschränkt, um dadurch mögliche Einwendungen des Personalrats gem. § 79 Abs. 1,

---

1) siehe oben S. 143

2) Es gelten insoweit die gleichen Erwägungen, die gegen die Berücksichtigung subjektiver Elemente seitens des Arbeitgebers sowohl hinsichtlich der Berücksichtigung des Kündigungswillens - siehe oben S. 8 ff - wie auch hinsichtlich der Kenntnis des Arbeitgebers vom Verfahren innerhalb des Personalrats - siehe oben S. 86/87 - sprechen.

Satz 3 und den damit möglichen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers gem. § 79 Abs. 2 zu vermeiden. Entgegen Meisel [1] liegt darin kein Rechtsmißbrauch, sondern eine legitime Ausübung des Gestaltungsrechts des Arbeitgebers. Die Angabe der Kündigungsgründe ist keine Frage der wesentlichen oder erheblichen Gründe [2] oder wichtigen Tatsachen [3], sondern unterliegt allein der Entscheidung des Arbeitgebers. Insoweit ist der Arbeitgeber Herr seiner eigenen Meinungsbildung und bestimmt damit den Inhalt des Beteiligungsverfahrens. Es ist daher durchaus möglich, daß der Arbeitgeber nur einen von mehreren objektiv vorliegenden Kündigungsgründen als denjenigen herausgreift, der für ihn entscheidend ist und auf den er die Kündigung stützen will. Hat der Arbeitgeber diesen Kündigungsgrund und die für ihn bedeutsamen Tatsachen dem Personalrat mitgeteilt, ist er seinen Pflichten nachgekommen. Die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 79 Abs. 4 kommt nicht in Betracht.

Damit stellt sich nunmehr die Frage, ob der Arbeitgeber Kündigungsgründe und Tatsachen, die er dem Personalrat nicht vorgelegt hat, im schwebenden Kündigungsschutzverfahren nachschieben kann.

Auszugehen ist dabei von Sinn und Zweck des Beteiligungsverfahrens.
Die Mitwirkung des Personalrats dient - wie bereits mehrfach dargelegt - dazu, dem Personalrat die Möglichkeit zu geben, die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen. Gegebenenfalls kann der Personalrat Bedenken gegen die Kündigung geltend machen, unter Umständen Einwendungen gem. § 79 Abs. 1,

---

1) Meisel DB 1974, 138(140/141)
2) so Stahlhacke BlStSozArbR 1974, 295(296); Meisel DB 1974, 138(140); ders. S. 139; Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 9
3) so Hueck Einl. V, 3a, aa

Satz 3 erheben. Damit soll erreicht werden, daß der Arbeitgeber seine Kündigungsabsicht überdenkt, die Kündigung eventuell unterläßt oder aufschiebt, den Arbeitnehmer anderweitig beschäftigt oder ihm eine Rechtfertigungsmöglichkeit einräumt. In welcher Richtung der Personalrat bei seiner Stellungnahme ansetzt, hängt zwingend davon ab, welche Gründe und Tatsachen der Arbeitgeber dem Personalrat mitgeteilt hat. Durch die Zulassung neuer Kündigungsgründe im laufenden Kündigungsschutzverfahren liefe die Beteiligung des Personalrats unter Umständen völlig ins Leere. War dem Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen - etwa Arbeitsmangel - gekündigt worden, beruft sich der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozeß aber auf ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers [1], hatte der Personalrat keine Möglichkeit, sich zu den Vorwürfen gegen den Arbeitnehmer zu äußern. Im umgekehrten Fall - zunächst verhaltensbedingte Kündigung, im Prozeß aber Vorbringen von betriebsbedingten Gründen - wäre die Zulassung solchen Vorbringens allerdings eine Einladung an den Arbeitgeber, auf jeden Fall die betriebsbedingten Gründe erst im Kündigungsschutzverfahren zu nennen, um so Einwendungen des Personalrats und einen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers zu vermeiden [2]. Sinn und Zweck der Beteiligung des Personalrats sprechen daher gegen die Zulässigkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen.
Aber auch die Rechtsstellung des betroffenen Arbeitnehmers wäre beeinträchtigt. Gem. § 72 Abs. 2, Satz 3 iVm § 69 Abs. 2, Satz 6 (entsprechend § 102 Abs. 2, Satz 4 BetrVG) ist dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Im Falle von Einwendungen ist ihm eine Abschrift der Stellungnahme des Personalrats gem. § 79

---

1) so der vom LAG Hamm DB 1974, 1344 = EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 10 entschiedene Fall
2) so auch Kehrmann in Anm. zu LAG Hamm EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 10; ArbG Bochum DB 1974, 1724 f

Abs. 1, Satz 4 (entsprechend § 102 Abs. 4 BetrVG) zuzuleiten. Der Zweck dieser Regelungen, den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, seine Aussichten für einen Kündigungsschutzprozeß besser beurteilen bzw. sich zu den Gründen der Kündigung äußern zu können, würde verfehlt, wenn im Kündigungsschutzprozeß völlig neue Kündigungsgründe als Grundlage für die Kündigung herangezogen werden könnten.

Die Gesichtspunkte, die für eine nach wie vor unveränderte Zulässigkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen herangezogen werden, vermögen demgegenüber nicht zu überzeugen.
Wenn darauf hingewiesen wird, die Begründungspflicht bei der Kündigung bestehe nur als betriebsverfassungsrechtliche Pflicht gegenüber dem Betriebsrat, sie sei allein Teil des Anhörungsverfahrens und ihre Verletzung habe also grundsätzlich keine individualrechtlichen Wirkungen [1], kann dem nicht gefolgt werden. Einmal ergibt die fehlende Beteiligung die individualrechtliche Folge der Unwirksamkeit der Kündigung gem. § 79 Abs. 4 [2]. Zum anderen haben neben der Beteiligung selbst auch und gerade die Kündigungsgründe ihre individualrechtliche Bedeutung. Denn sie entscheiden darüber, ob der Personalrat Einwendungen erhebt und damit dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eröffnet, den Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 79 Abs. 2 geltend zu machen. Außerdem hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, die Kündigungsgründe entweder bei einer Anhörung gem. § 72 Abs. 2, Satz 3 iVm § 69 Abs. 2, Satz 6 oder über die Abschrift der Stellungnahme des Personalrats gem. § 79 Abs. 1,

---

1) so Stahlhacke BlStSozArbR 1974, 295(296/297)
2) Schon in der grundlegenden Entscheidung AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG '52 hat das BAG ausgeführt, daß § 66 BetrVG '52 nicht nur eine betriebsverfassungsrechtliche Vorschrift sei, sondern auch kündigungsrechtlichen und damit individualrechtlichen Charakter habe.

Satz 4 kennenzulernen. Aus einem angeblichen Gegensatz von personalvertretungsrechtlicher Pflicht und Individualrechtsschutz läßt sich daher für das Nachschieben von Kündigungsgründen nichts entnehmen [1].
Gegen die Unzulässigkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen wird auch geltend gemacht, daß der Sinn der vorherigen Anhörung des Betriebsrats nicht darin liege, eine detaillierte Prüfung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung vorzunehmen. Das Votum des Betriebsrats habe nur faktisch eine gewisse Bedeutung; rechtlich werde die Entscheidung allein im Kündigungsschutzprozeß durch die Arbeitsgerichte getroffen [2]. Die letzte Aussage ist richtig. Das Gesetz verlangt aber auch die Überprüfung der Kündigung durch den Personalrat. Dieser hat das Recht, Bedenken und Einwendungen gegen die Kündigung zu erheben, wenn er sie nicht für sozial gerechtfertigt hält. Das setzt aber voraus, daß der Personalrat die Kündigung auch unter diesem Gesichtspunkt untersucht. Die endgültige Entscheidung des Arbeitsgerichts kann daher kein Grund sein, die Beteiligung des Personalrats durch die Zulassung von neuen Gründen zu unterlaufen.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß das Nachschieben von Kündigungsgründen, die nicht Inhalt des Beteiligungsverfahrens waren, unzulässig ist [3]. Die nachträgliche

---

1) Ansonsten verweist Stahlhacke Rdnr. 34c noch darauf, daß als Sinn des § 102 Abs. 1 BetrVG kaum angenommen werden könne, daß der Arbeitgeber nur solche Kündigungsgründe verwerten darf, zu denen sich der Betriebsrat hat äußern können; diese Ansicht würde nur zu einer Wiederholung der Kündigung und damit zu einer Prozeßhäufung führen, die kaum beabsichtigt sein dürfte.
2) vgl. Meisel S. 139 FN 156; ders. DB 1972, 1627 (1628 FN 13)
3) so grundsätzlich auch die in FN 1, S. 145 genannten; im Ergebnis ebenso diejenigen, die von der Unwirksamkeit der Kündigung bei unvollständiger Mitteilung der Kündigungsgründe ausgehen, siehe FN 2, S. 143; vgl. auch Schlüter in Anm. zu BAG EzA § 103 BetrVG '72, Nr. 6

Beteiligung des Personalrats kommt nicht in Betracht, da damit Sinn und Zweck der Mitwirkung nicht genügt werden kann [1]. Will der Arbeitgeber daher neue Gründe heranziehen, bleibt ihm nur der Weg über eine neue Kündigung unter entsprechender Beteiligung des Personalrats. Diese Kündigung kommt nur dann zum Zuge, wenn die erste Kündigung nicht durchgreift. Sie kann daher auch so formuliert werden, daß sie nur vorsorglich für den Fall erklärt wird, daß sich die erste Kündigung als unwirksam erweisen sollte [2].

Die Erwägungen, die gegen ein Nachschieben von Kündigungsgründen sprechen, gelten auch für einen neuen oder erweiterten Sachvortrag im Kündigungsschutzverfahren.

Die Kündigungsgründe gewinnen ihren Gehalt nur aus den ihnen zugrunde liegenden Tatsachen. Die Mitteilung etwa des Grundes Arbeitsmangel oder auch des Grundes unentschuldigtes Fehlen des Arbeitnehmers an den Personalrat besagt für sich allein genommen nur wenig. Erst die Kenntnis der den jeweiligen Kündigungsgrund ausfüllenden konkreten Tatsachen ist als umfassende Unterrichtung gem. § 68 Abs. 2, Satz 1 anzusehen, gibt dem Personalrat die Grundlage für eine eingehende Erörterung gem. § 72 Abs. 1 und erlaubt eine Stellungnahme, die auf die endgültige Entscheidung des Arbeitgebers einwirken kann. Die Beteiligung des Personalrats wird somit wesentlich durch den Tatsachenvortrag des Arbeitgebers bestimmt. Ein neuer oder erweiterter Sachvortrag im Kündigungsschutzprozeß, der dem Personalrat im Beteiligungsverfahren nicht vorgelegen hat, ist demnach mit dem Beteiligungsrecht des Personalrats unvereinbar. Derartiges Vorbringen des Arbeitgebers kann daher im Kündigungsschutzverfahren keine Berücksichtigung finden.
Im Schrifttum wird teilweise differenziert zwischen

---

1) siehe oben S. 52 ff
2) vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 3 KSchG

wesentlichen Tatsachen und Tatbeständen, die als "lediglich konkretisierende Tatsachen" [1], "relativ unerhebliche Tatbestände" [2] oder "weniger wichtige Tatsachen" [3] bezeichnet werden. Letztgenannte Umstände sollen auch nachträglich in das Kündigungsschutzverfahren eingeführt werden können. Dem ist nicht zu folgen. Sind diese angeblichen Nebentatsachen für die Beurteilung des Gerichts von Bedeutung, weil durch sie die Kündigung in der Gesamtwürdigung gerechtfertigt erscheint, impliziert diese Feststellung, daß dem Personalrat die zur Gesamtbeurteilung erforderlichen Tatsachen nicht vorgelegen haben. Die Zulassung solcher Tatbestände würde leicht dazu führen, daß Gesichtspunkte prozeßentscheidend werden, die der Personalrat in seine Stellungnahme nicht einbeziehen konnte. Dient die Beibringung zusätzlicher Tatsachen im Kündigungsschutzverfahren dazu, "den eigentlichen Kündigungsanlaß erst verständlich zu machen oder im richtigen Licht erscheinen zu lassen"[4], wird damit gerade deutlich, daß dem Personalrat Informationen für seine Stellungnahme fehlten.
Der Arbeitgeber kann daher im Kündigungsschutzverfahren nur solche Gründe und Tatsachen verwerten, die er vorher zum Gegenstand des Beteiligungsverfahrens gemacht hat. Nur damit wird sichergestellt, daß der Arbeitgeber schon im eigenen Interesse den Personalrat so umfassend und ausführlich wie möglich informiert, wenn er nicht Gefahr laufen will, im Kündigungsschutzprozeß zu unterliegen.

Fraglich bleibt, ob ein Nachschieben von Kündigungsgründen wie der ihnen zugrunde liegenden Tatsachen auch dann ausgeschlossen ist, wenn es sich um Kündigungsgründe

---

1) so Dütz SAE 1973, 115
2) so Erdmann-Jürging-Kammann § 102, Anm. 9
3) so Hueck Einl. V, 3a, aa
4) Darauf stellt Kehrmann in Anm. zu LAG Hamm EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 10 ab, der sich für die Verwertung solchen Sachvortrags ausspricht.

handelt, die dem Arbeitgeber bei der Beteiligung des Personalrats nicht bekannt waren.

Das Nachschieben solcher Gründe wird - ob mit oder ohne vorherige Beteiligung des Personalrats - generell von denen zugelassen, die davon ausgehen, daß die Kündigung bei fehlender Mitteilung von Kündigungsgründen an den Personalrat nicht unwirksam ist [1]. Die gleiche Auffassung vertreten teilweise auch diejenigen, die ansonsten bei unvollständiger Information des Personalrats die Unwirksamkeit der Kündigung annehmen [2]. Allen gemeinsam ist das Fehlen nahezu jeglicher Begründung für die Unterscheidung zwischen bekannten und unbekannten Kündigungsgründen. Wenn etwa das LAG Hamm [3] ausführt, "nur soweit Anhörung und Kündigung sich in der Sache entsprechen, kann der Betriebsrat die ihm im Rahmen von § 102 BetrVG übertragenen Rechte wahrnehmen" und gleichwohl das Nachschieben von bei der Anhörung nicht bekannten Gründen zuläßt, dürfte dazu zumindest eine Erklärung erforderlich sein, die über die Angabe einiger Literaturstellen hinausgeht, die ebenfalls keine Begründung enthalten. Lediglich Hueck [4] führt aus, der Arbeitgeber könne ihm ohne sein Verschulden nicht bekannte Gründe nachschieben, da § 102 Abs. 1 BetrVG nicht mehr als die Mitteilung bekannter Gründe verlangt und dem Arbeitgeber keine über das normale Maß hinausgehenden Ermittlungen auferlege, die zudem den Interessen des betroffenen Arbeitnehmers zuwiderlaufen würden.

Auf die Frage des Verschuldens [5] wie auf den Umfang der

---

1) siehe oben S. 145 mit FN 1
2) siehe oben S. 144 mit FN 1, 2, 4
3) LAG Hamm EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 10
4) Hueck Einl. V, 3a, aa, allerdings vom Ausgangspunkt der Unwirksamkeit der Kündigung bei unvollständiger Information des Betriebsrats ausgehend
5) Im übrigen bleibt der Maßstab des Verschuldens unklar, solange nicht festgestellt wird, welches Maß an Ermittlungen erforderlich ist. Ob darüber hinaus genaue

(weiter S. 156)

Ermittlungen des Arbeitgebers kommt es jedoch nicht an. Es geht allein um eine mögliche Einschränkung des Tatsachenvortrags im Kündigungsschutzprozeß.
Für die Zulässigkeit des Nachschiebens von zunächst unbekannten Kündigungsgründen ließe sich anführen, daß der Arbeitgeber solche Gründe nicht zum Inhalt des Beteiligungsverfahrens machen konnte. Der Zweck der Beteiligung des Personalrats, mit seiner Stellungnahme möglicherweise die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers zu beeinflussen, würde nicht verfehlt; denn nur soweit dem Arbeitgeber die Gründe bekannt sind, vermögen Bedenken oder Einwendungen des Personalrats ihn zum Überdenken der Kündigungsabsicht zu veranlassen. Derartige Erwägungen sprechen jedoch nicht entscheidend für die Zulässigkeit des Nachschiebens erst später bekannt gewordener Kündigungsgründe und Tatsachen. Zunächst bringt der Faktor "Kenntnis des Arbeitgebers" erhebliche Unsicherheit mit sich. Es dürfte sehr schwer festzustellen sein, was dem Arbeitgeber bekannt war oder was er gar hätte wissen können oder müssen [1]. Zudem begünstigt die Zulassung solchen Vorbringens tendenziell den Arbeitgeber, der vor einer Kündigung möglichst wenig ermittelt und neue Erkenntnisse möglicherweise sogar ohne weitere Beteiligung des Personalrats [2] verwerten darf. Letztlich stehen jedoch Sinn und Zweck der Beteiligung des Personalrats dem Nachschieben von Kündigungsgründen entgegen. Die Begründungspflicht gegenüber dem Personalrat konkretisiert die

---

Ermittlungen den Interessen des Arbeitnehmers widerstreben, erscheint besonders im Hinblick darauf zweifelhaft, daß nach Hueck - wie FN 4 - neu bekannt gewordene Kündigungsgründe ohne weiteres in den Kündigungsschutzprozeß eingeführt werden können. Den Belangen des Arbeitnehmers dürften gründliche Information und entsprechende Beteiligung des Personalrats eher entsprechen.

1) Auf dieses Kriterium stellen Hanau BB 1972, 451(453 FN 19) und Güntner AuR 1974, 135(137) ab.

2) siehe Nachweise S. 146, FN 2; auch Hueck Einl. V, 3a, aa

Kündigung auf ganz bestimmte Gründe und Tatsachen. Nur soweit sich Kündigung und Mitwirkung des Personalrats entsprechen, ist der Beteiligung der Personalvertretung Genüge getan. Der Arbeitgeber wird damit auf Gründe beschränkt, zu denen der Personalrat Stellung nehmen konnte. Auf die Frage, warum der Arbeitgeber einzelne Gründe und Tatsachen dem Personalrat nicht mitgeteilt hat, kommt es nicht an. Selbst wenn neu bekannt gewordene Gründe dem Personalrat vorgelegt werden, vermag das ein Nachschieben dieser Gründe nicht zu rechtfertigen. Der Personalrat ist grundsätzlich vor Ausspruch der Kündigung zu beteiligen. Das hat seinen guten Grund darin, daß der Arbeitgeber vor der Kündigung in der Regel bereit sein wird, möglichen Bedenken und Einwendungen des Personalrats Rechnung zu tragen, indem er die Kündigung notfalls unterläßt. Ist die Kündigung aber einmal ausgesprochen, kann kaum davon ausgegangen werden, daß der Arbeitgeber sie nach der Stellungnahme des Personalrats zu den neuen Gründen zurücknimmt. Das gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber erst durch die Möglichkeit des Unterliegens im Kündigungsschutzverfahren dazu veranlaßt wurde, die neuen Kündigungsgründe zu ermitteln [1]. Dieser Gesichtspunkt spricht auch gegen das Argument, der Arbeitgeber könnte durch die Beteiligung des Personalrats veranlaßt werden, die neuen Gründe nicht nachzuschieben [2].

Aus alledem folgt, daß auch bei Gründen, die dem Arbeitgeber erst nach der Kündigung bekannt werden, nur eine neue Kündigung mit der entsprechenden Beteiligung des Personalrats dem Mitwirkungsrecht entspricht. Diese Kündigung kommt nur dann zum Zuge, wenn die erste Kündigung nicht durchgreift. Sie kann daher auch vorsorglich

---

1) siehe dazu auch Kehrmann Anm. zu LAG EzA § 102 BetrVG '72, Nr. 10, der dies als "üble Praxis" bezeichnet

2) so Neumann-Duesberg S. 543/544

für den Fall erklärt werden, daß sich die erste Kündigung als unwirksam erweisen sollte.

Im Ergebnis ist somit festzustellen, daß ein Nachschieben von Kündigungsgründen generell unzulässig ist. Dem Personalrat nicht mitgeteilte Kündigungsgründe und Tatumstände kann der Arbeitgeber nur über eine neue Kündigung nach vorheriger Beteiligung des Personalrats geltend machen.

Lebenslauf

Am 21. Juli 1945 wurde ich in Dresden als Sohn des Kaufmanns Karl-Rudolf Scholz und seiner Ehefrau Ursula, geb. Wischmeyer, geboren. Mein Vater verstarb 1947 in polnischer Gefangenschaft. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

1952 in Ibbenbüren/Westf. eingeschult setzte ich den Besuch der Volksschule ab 1953 in Hagen/Westf. fort. Dort bestand ich 1956 die Aufnahmeprüfung am Stadtgymnasium Hagen. Ab 1958 besuchte ich bis zur Reifeprüfung am 5. März 1965 das Amtsgymnasium Ibbenbüren.

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Tübingen (Sommersemester 1965 bis Wintersemester 1966/67), Lausanne (Sommersemester 1967) und Münster (ab Wintersemester 1967/68) bestand ich am 28. Februar 1970 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm. Meine anschließende Referendarzeit endete am 11. September 1973 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf.

Während der Arbeit an meiner Dissertation war ich kurzfristig Verwalter einer Assistentenstelle bei Herrn Prof. Dr. Brox, später wissenschaftliche Hilfskraft bei Herrn Prof. Dr. Battes.

Seit dem 3. Mai 1976 bin ich als Regierungsrat z.A. bei der Oberfinanzdirektion Düsseldorf beschäftigt.